



**HAL**  
open science

## Cours de procédure civile - Licence en droit 3e année

Eric Martin-Hocquenghem

► **To cite this version:**

Eric Martin-Hocquenghem. Cours de procédure civile - Licence en droit 3e année. Licence. Procédure civile, Ile-de-France, France. 2023, pp.436. hal-04168929v1

**HAL Id: hal-04168929**

**<https://hal.science/hal-04168929v1>**

Submitted on 22 Jul 2023 (v1), last revised 15 Aug 2023 (v2)

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - NoDerivatives 4.0 International License

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Panthéon-Assas  
Licence droit 3ème année Melun 2023-2024

## PROCEDURE CIVILE 2023-2024

### BIBLIOGRAPHIE SÉLECTIVE

#### MANUELS DE BASE

- Cayrol N., *Procédure civile*, 4ème éd., Dalloz, coll. Cours, 2022 ;
- Couchez G. et Lagarde X., *Procédure civile*, 17ème éd., Sirey, coll. Université, 2014 ;
- Croze H., *Procédure civile*, 7ème éd., LexisNexis, coll. Objectif Droit, 2020 ;
- Douchy-Oudot M., *Procédure civile*, 6° éd., Lextenso Editions, coll. Master, 2014 ;
- Fricero N., Goujon-Bethan Th., Danet A., *Procédure civile*, 6° éd., Lextenso Editions, coll. Manuels LGDJ, 2023 ;
- Guinchard S., Ferrand F., Chainais C. et Mayer L., *Procédure civile*, 8° éd., Dalloz, coll. Hypercours, 2023 ;
- Lasserre M.-C., *Cours de procédure civile*, 2° éd., Gualino, coll. Amphi LMD, Lextenso Editions, 2020-2021 ;
- Strickler Y. et Varnek A., *Procédure civile*, 13° éd., Larcier, coll. Paradigme, 2023.

#### MANUELS VOLUMINEUX

- Amrani-Mekki S. et Strickler Y., *Procédure civile*, PUF, coll. Thémis, 2014 ;
- Cadiet L. et Jeuland E., *Droit judiciaire privé*, 11° éd., LexisNexis, coll. Manuels, 2020 ;
- Chainais C., Ferrand F., Mayer L. et Guinchard S., *Procédure civile – Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, 36° éd., Dalloz, coll. précis Dalloz, 2022 ;
- Héron J., Le Bars Th. et Salih K., *Droit judiciaire privé*, 7° éd., Lextenso Editions, coll. Précis Domat, 2019.

#### MANUELS ANCIENS

- Catala P. et Terré F., *Procédure civile et voies d'exécution*, 2ème éd., PUF, coll. Thémis, 1976 ;
- Cornu G. et Foyer J., *Procédure civile*, 3° éd., PUF, coll. Thémis, 1996 ;
- Perrot R., *Droit judiciaire privé*, 2 fascicules, Les Cours du droit, Montchrestien, 1980.

#### TRAITES

- Solus H. et Perrot R., *Droit judiciaire privé*, Sirey, 1961-1991, 3 vol ;
- Guinchard S. (ss. la direction de), *Droit et pratique de la procédure civile – Droits interne et de l'Union européenne 2021-2022*, 10° éd., Dalloz, coll. Dalloz action, 2021.

#### ETUDES

- Motulsky H., *Ecrits – Etudes et notes de procédure civile*, préf. G. Bolard, réimpr. de l'édition de 1973, Dalloz, 2009 ;
- Vizios H., *Etudes de procédure*, préf. S. Guinchard, réimpr. de l'édition de 1956, Dalloz, 2011.

-----

## INTRODUCTION GENERALE

Un système juridique moderne comprend diverses branches de droit objectif. Certaines branches composent le droit matériel ou substantiel : elles concernent le fond du droit, sa matière. Elles déterminent des situations juridiques, reconnaissent des droits subjectifs, imposent des obligations. Tel est le cas du droit civil, du droit commercial, du droit social... Le plus souvent, ces situations juridiques ne deviennent pas litigieuses, car les droits sont respectés spontanément, ne serait-ce que par la crainte d'une sanction dans l'hypothèse de leur violation. Mais parfois les situations juridiques sont attaquées, les droits contestés, les obligations inexécutées.

Le règlement de ces litiges a d'abord donné lieu à une justice privée ou plutôt une vengeance privée, le but étant de faire subir au coupable un mal supérieur à celui subi. Il n'y avait en effet pas à cette époque d'autorité supérieure dont la mission fût de trancher les différends. Lorsque, en revanche, les Etats modernes se sont imposés, la justice a été érigée en monopole de l'Etat. Les gouvernants ont donc institué des juges afin de trancher ces litiges. Nul ne pouvant désormais se faire justice à soi-même, l'arbitrage des litiges exige qu'on en appelle à la justice publique, étatique. Ainsi, tout Etat de droit aujourd'hui a nécessairement un service public de la justice, que les citoyens peuvent saisir pour obtenir une décision de justice.

Mais il a fallu parallèlement établir des règles de procédure pour, d'une part, prévoir comment le justiciable peut saisir un juge et émettre ses prétentions, d'autre part, déterminer les pouvoirs du juge de telle manière qu'il rend une justice de qualité. La procédure est ainsi la branche du droit objectif qui fixe la marche à suivre pour parvenir à la résolution judiciaire des litiges<sup>1</sup>. L'étymologie du terme l'atteste d'ailleurs, puisque le verbe latin *procedere* signifie « aller en avant », « progresser ».

Il arrive, il est vrai, qu'un juge soit amené à rendre une décision en l'absence de tout litige, par exemple à prononcer un divorce par consentement mutuel sur la requête conjointe des époux dans les cas désormais restreints où son intervention demeure requise<sup>2</sup>, à rectifier un acte de l'état civil<sup>3</sup> entaché d'une erreur substantielle<sup>4</sup>, à modifier la mention du sexe dans un acte de l'état civil, lorsque cette mention ne correspond pas au sexe dans lequel le demandeur à la modification se présente et dans lequel il est connu<sup>5</sup>. On parle alors de matière gracieuse, par opposition à la matière contentieuse, dans laquelle la saisine du juge a pour origine un litige opposant des parties. Malgré l'absence de litige, propre à la matière gracieuse, l'obtention d'une décision de justice suppose le respect d'une procédure spécifique, à laquelle le Code de procédure civile consacre quelques articles applicables devant toutes les juridictions<sup>6</sup>, ainsi, notamment, que quelques dispositions applicables devant le tribunal judiciaire<sup>7</sup> – nouveau nom du tribunal de grande instance depuis le 1er janvier 2020<sup>8</sup>.

Mais, dans la très grande majorité des cas, la « *réalité première* », la « *matière* » dont la procédure se nourrit est un litige, un différend opposant les parties et appelant une solution : le droit du procès est, avant tout, un droit du litige<sup>9</sup>. C'est la raison pour laquelle, après avoir présenté un aperçu d'ensemble de la procédure civile (section 1), on s'attachera à « *cette réalité antérieure au procès* » nommée litige<sup>10</sup> (section 2).

<sup>1</sup> « *La procédure est la forme dans laquelle on doit intenter les demandes en justice, y défendre, intervenir, instruire, juger, se pourvoir contre les jugements et les exécuter.* » (R.-J. Pothier, *Traité de la procédure civile*, in : *Œuvres posthumes*, t. III, 1778, article préliminaire). Cf. G. Cornu et J. Foyer, *Procédure civile*, 3ème éd., 1996, n° 2 ; L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, 11ème éd., LexisNexis, 2020, n° 7.

<sup>2</sup> Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du 21ème siècle (J21), le divorce par consentement mutuel peut en effet prendre la forme d'un acte sous seing privé, préparé par les avocats de chacun des époux et qui n'est pas soumis à l'homologation du juge, sauf dans deux cas, dont celui où un enfant mineur du couple demande à être entendu par le juge (articles 229-1 et suiv., 230 et 232 du Code civil et articles 1088 et suiv. du Code de procédure civile, not. art. 1088).

<sup>3</sup> Articles 99, alinéa 1er, du Code civil et 1046 et suiv. du Code de procédure civile, not. art. 1050.

<sup>4</sup> Pour les erreurs purement matérielles qui pourraient affecter un acte d'état civil, la procédure de rectification est administrative : l'officier d'Etat civil y procède à la demande de l'intéressé (articles 99-1 du Code civil et 1047 du Code de procédure civile combinés).

<sup>5</sup> Articles 61-5 et 61-6 du Code civil et articles 1055-5 et suiv. du Code de procédure civile, not. art. 1055-6. F. Vialla « La loi de modernisation de la justice du XXIème siècle : changement de la mention de sexe à l'état civil », *D.* 2016, 2351 ; A. Marais « Le sexe que je veux, quand je veux », *JCP* 2016, 1164 ; Ph. Reigné « Changement d'état civil et possession d'état du sexe dans la loi de modernisation de la justice du XXIème siècle », *ibid.*, 1378.

<sup>6</sup> Articles 25 à 29 (livre 1er, titre I, dispositions liminaires), articles 60 et 61 (livre 1er, titre IV, la demande en justice).

<sup>7</sup> Articles 808 à 811.

<sup>8</sup> Articles 95 et 109, XXIII, de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

<sup>9</sup> Cornu et Foyer, *op. cit.*, n° 2, p. 4.

<sup>10</sup> Cornu et Foyer, *op. cit.*, n° 2, p. 4 et p. 35.

## Section 1 : Aperçu d'ensemble de la procédure civile<sup>1</sup>

Le contenu, les caractères et les sources de la procédure civile seront successivement précisés.

### § 1 Contenu de la procédure civile

Par opposition aux branches du droit matériel ou substantiel, la procédure civile est une branche du droit sanctionnateur ou régulateur, ce qui en fait un droit dépendant et un droit auxiliaire<sup>2</sup>. Une fois cela expliqué, on passera en revue les différentes règles de procédure civile.

#### A. Un droit auxiliaire et dépendant

Ces deux attributs de la procédure civile ne se confondent pas, même s'il existe une parenté entre les deux.

##### 1. Droit auxiliaire

La procédure est un droit auxiliaire du droit substantiel, destiné à en assurer l'efficacité<sup>3</sup>. Elle ne crée pas des droits, elle assure uniquement la réalisation du droit matériel, sa sanction. Comme elle suppose, du moins en principe, un recours au juge, on l'appelle parfois aussi droit judiciaire.

De son rôle d'auxiliaire du droit substantiel, on a vite fait de conclure que la procédure est une branche secondaire du droit. De fait, elle n'est pas autant considérée dans les universités que les matières fondamentales « nobles », comme le droit civil ou le droit administratif. Son formalisme<sup>4</sup> et la minutie de ses règles lui confèrent, de surcroît, une sinistre réputation auprès des étudiants.

La procédure revêt pourtant une importance pratique considérable. Sans son secours, la justice se réduirait souvent à une simple virtualité. Par exemple, il y a loin de l'article 1103 du Code civil (ancien article 1134, alinéa 1er) au paiement de sa dette par le débiteur ou de l'obligation de réparer le dommage causé par sa faute prévue par l'article 1240 du Code (ancien article 1382) à la réparation effective du préjudice subi par la victime<sup>5</sup>.

##### 2. Droit dépendant

La procédure se définit par rapport au droit fondamental qui la qualifie et s'adapte à la branche du droit qu'elle doit servir. En effet, les règles propres à certaines matières déteignent sur la procédure. Les procédures se différencient donc selon le droit substantiel qu'elles mettent en œuvre<sup>6</sup>. On distingue ainsi la procédure civile, la procédure pénale et le contentieux administratif, correspondant aux trois branches du droit substantiel que sont le droit civil, le droit pénal et le droit administratif. La procédure civile n'est donc qu'une branche du droit sanctionnateur, dont l'objet est la résolution des litiges de droit civil.

Toutefois, au delà, la procédure civile est le droit commun de la procédure privée. De fait, le livre 1er du Code de procédure civile<sup>7</sup> est consacré aux « *Dispositions communes à toutes les juridictions* ». Quant au livre II « *Dispositions particulières à chaque juridiction* », il consacre des développements non seulement aux juridictions civiles *stricto sensu*, mais encore aux juridictions consulaires, prud'homales et aux tribunaux paritaires des baux ruraux. La procédure civile gouverne donc la résolution tant des litiges de droit civil que de ceux relevant des autres branches du droit privé substantiel, hormis le droit pénal : droit commercial, droit social, droit rural, droit de la sécurité sociale. Aussi l'appelle-t-on parfois également droit judiciaire privé<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> L. Cadiet « Les tendances contemporaines de la procédure civile en France », in : *Mélanges en l'honneur de Georges Wiederkehr*, Dalloz, 2009, p. 65 et suiv. ; S. Guinchard « Le changement en procédure civile », *Revue de droit d'Assas*, 2015, n° 10, p. 132 et suiv.

<sup>2</sup> Cornu et Foyer, *op. cit.*, n° 3.

<sup>3</sup> Cornu et Foyer, *op. cit.*, *loc. cit.* ; P. Catala et F. Terré, *Procédure civile et voies d'exécution*, 2ème éd., PUF, 1976, p. 15-16 ; Cadiet et Jeuland, *op. cit.*, n° 8-9.

<sup>4</sup> Cf. *infra* : § 2 « Caractères de la procédure civile ».

<sup>5</sup> Cornu et Foyer, *op. cit.*, n° 3, p. 6 ; cf. ég., par ex. C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer et S. Guinchard, *Procédure civile – Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, 35ème éd., Dalloz, 2020, n° 29-30. Ouvrage désigné ci-après « Chainais et alii ».

<sup>6</sup> Cornu et Foyer, *op. cit.*, n° 3, p. 7 ; Catala et Terré, *op. cit.*, p. 16.

<sup>7</sup> Sur le Code de procédure civile, cf. *infra* : section 3 « Sources de la procédure civile ».

<sup>8</sup> Sur la controverse relative à la dénomination que la discipline doit recevoir, procédure civile ou droit judiciaire privé, cf. par ex. Y.

Il convient d'insister sur la distinction de la procédure civile et de la procédure pénale<sup>1</sup>. La procédure pénale vise la protection des intérêts de la société. Elle consiste en la mise en œuvre des règles du code pénal, afin de parvenir à la résolution d'une affaire pouvant avoir pour origine une infraction. La recherche, la poursuite et la répression des infractions relève des seules juridictions répressives. Le ministère public engage les poursuites et il est partie principale au procès, alors qu'il est absent du procès civil, à moins que la loi n'en dispose autrement<sup>2</sup>, en lui conférant la qualité de partie jointe voire celle de partie principale<sup>3</sup>. Toute personne victime d'une infraction peut néanmoins réclamer réparation de son dommage devant les juridictions répressives.

## B. Les différentes règles de procédure civile

La résolution judiciaire d'un différend de droit privé soulève quatre problèmes essentiels, dont l'évocation permet de préciser le contenu de la procédure civile<sup>4</sup> :

### 1. Qui est juge ?

Les lois d'organisation judiciaire ont pour objet de répondre à cette question, en instituant diverses juridictions et en fixant le statut des magistrats. Jadis, on les étudiait au cours de procédure civile, en raison du lien étroit qu'elles entretiennent avec les lois de procédure au sens strict du terme. Mais, depuis une réforme des études universitaires intervenues en 1971, l'étude de ces lois relèvent du cours d'Institutions judiciaires, dispensé en première année, de manière à ce que les étudiants en droit en soient instruits au seuil de leurs études. Ces lois sont donc censées connues et l'on n'y reviendra pas dans le cours de procédure civile.

### 2. Quel juge saisir ?

En réalité, la question se dédouble. Tout d'abord, il convient de déterminer quel type de juridiction doit être saisie, car, du moins en première instance, les juridictions sont diverses, spécialisées à raison de la matière du litige<sup>5</sup>. Ensuite, une fois déterminé à quel type de juridiction le litige doit être attribué, il faut encore savoir quelle juridiction est territorialement compétente. Par exemple, une fois acquis que le tribunal judiciaire est compétent à raison de la matière ou du montant du litige, encore faut-il rechercher si c'est au tribunal judiciaire de Lille, de Dunkerque ou d'Amiens d'en connaître effectivement.

Les lois de compétence ont pour objet de répondre à cette double question. Elles sont contenues principalement dans le Code d'organisation judiciaire et le Code de procédure civile. Des dispositions déterminant la compétence des juridictions spécialisées sont également renfermées dans d'autres codes ou dans des lois spécifiques : par exemple, le Code du travail (conseil de prud'hommes), le Code de commerce (tribunal de commerce), le Code rural (tribunal paritaire des baux ruraux), le Code des procédures civiles d'exécution (juge de l'exécution)...

Étant donné le lien étroit, là encore, existant entre la compétence et la procédure, l'étude des lois de compétence est incluse dans le cours de procédure civile. Les règles de compétence étant toutefois fort complexes et minutieuses, seuls les principes essentiels en seront exposés à l'oral, en amphithéâtre.

### 3. Comment obtenir du juge sa décision ?

Connaître le juge compétent ne suffit pas. Encore faut-il, en effet, savoir comment le saisir et comment le procès se déroulera. Le législateur a donc dû fixer les conditions d'existence de l'action en justice, la manière dont celle-ci devra être exercée, les formes et les règles à respecter, depuis l'introduction de l'instance jusqu'au jugement qui tranchera définitivement, voire irrévocablement, la contestation. Tel est

---

Strickler et A. Varnek, *Procédure civile*, 11ème éd., Larcier : 2021, n° 3.

<sup>1</sup> S. Amrani-Mekki (dir.), *Procédure civile et procédure pénale – Unité ou diversité*, Bruyant, 2014, 35 et suiv.

<sup>2</sup> Ainsi en matière d'état des personnes, de nationalité, de procédures collectives de sauvegarde, redressement ou liquidation judiciaire...

<sup>3</sup> Cf. *infra*.

<sup>4</sup> R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, Les Cours de Droit, Monchrestien, 1977, t. I, p. 2-4 et 31-32 ; ou trois problèmes, selon la présentation qu'on en fait : H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. I, *Introduction, notions fondamentales, organisation judiciaire*, Sirey, 1961, n° 8 et suiv. (dans ce dernier ouvrage, les 3ème et 4ème questions mentionnées au texte sont regroupées en une seule).

<sup>5</sup> Tribunal judiciaire (ex tribunal de grande instance), conseil de prud'hommes, tribunal de commerce, tribunal paritaire des baux ruraux.

l'objet des lois de procédure, qui constituent le cœur du cours de procédure civile.

Certaines lois de procédure sont applicables devant toutes les juridictions. Ce sont surtout d'elles dont il sera question dans ce cours. En effet, une matière intitulée « procédure civile spéciale et M.A.R.D. », traitant des règles de procédure particulières à chaque juridiction ainsi que des modes alternatifs de règlement des différends<sup>1</sup>, fait l'objet d'un enseignement obligatoire semestriel en première année du master « Justice, procès et procédure ». Le cours de procédure civile de troisième année de licence ne doit donc pas faire double emploi avec cet enseignement de master.

#### 4. Comment la décision du juge sera-t-elle exécutée ?

Le plaideur ayant obtenu un jugement assorti de la force exécutoire, il se peut que la partie ayant succombé rechigne à l'exécuter. Il est donc important de connaître les règles de forme et de fond présidant à l'exécution forcée des décisions de justice. Cependant, contrairement à ce qui se passe dans les universités de certains pays étrangers, l'étude de ces règles n'est pas, en France, incluse dans le cours de procédure civile<sup>2</sup>. Elle est en effet l'objet des voies d'exécution, matière semestrielle enseignée notamment en première année des masters de droit privé et de justice, procès et procédure.

Cette séparation entre la procédure civile et les voies d'exécution apparaît, il est vrai, de prime abord, arbitraire : un droit qui se désintéresse de l'exécution mérite-t-il seulement l'appellation de « sanctionnateur » ou « réalisateur » ?<sup>3</sup> Cependant l'autonomie du droit des voies d'exécution se justifie par des raisons pragmatiques. La matière est en effet devenue fort complexe, au point d'avoir été réglementée dans un code distinct du code des procédures civiles, le code des procédures civiles d'exécution. Promulgué en 2011, il est le résultat d'une codification à droit constant, par voie d'ordonnance ; il regroupe les différents textes relatifs aux voies d'exécution, notamment la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des voies d'exécution et son décret d'application n° 92-755 du 31 juillet 1992. Institutionnellement les procédures civiles d'exécution relèvent en première instance de la compétence d'un juge spécifique unique, le juge de l'exécution, qui appartient au tribunal judiciaire<sup>4</sup>. Aux termes de l'article L. 213-6 du Code de l'organisation judiciaire<sup>5</sup>, ce juge connaît en effet « *des difficultés relatives aux titres exécutoires et des contestations qui s'élèvent à l'occasion de l'exécution, même si elles portent sur le fond du droit.* »

Il n'en faut pas pour autant conclure à un hermétisme de la frontière entre la procédure civile et les voies d'exécution. Certes, les voies d'exécution n'impliquent pas toujours une procédure judiciaire préalable : elles fixent les règles relatives à l'exécution forcée des titres exécutoires d'une manière générale, qu'il s'agisse de jugements ou de titres extra-judiciaires comme un acte authentique, notarié notamment. De plus, elles déterminent également le régime des mesures conservatoires, parfois ouvertes sans jugement préalable. Mais il n'en reste pas moins que l'exécution du jugement est une suite du procès, sans en être la continuation<sup>6</sup>. Aussi la procédure civile traite-t-elle, parmi les effets généraux des jugements, de leur force exécutoire. En d'autres termes, si les voies d'exécution réglementent l'exécution effective des jugements, la procédure civile détermine les conditions auxquelles un jugement doit préalablement satisfaire, pour être susceptible d'exécution.

Le lien existant entre la procédure civile et les voies d'exécution tient au fait qu'un jugement qui ne peut être exécuté ne vaut rien. Il ne sert en effet à rien d'avoir déjoué les embûches d'un procès civil et d'avoir exposé, à cette occasion, des frais importants, si ultérieurement on ne parvient pas à faire exécuter le jugement obtenu, parce que l'adversaire parvient à se soustraire à sa condamnation. Le droit des voies d'exécution revêt donc une importance pratique aussi considérable que celle de la procédure civile.

## § 2 Caractères de la procédure civile

Pour la majorité des auteurs, la procédure civile est une branche de droit mixte, située aux confins du droit public et du droit privé, pour d'autres elle est une pure branche du droit privé<sup>7</sup>. Mais tous s'accordent, en tout

<sup>1</sup> Cf. *infra* : section 2 « Le litige », § 2 « Solution du litige », B. « Solution amiable du litige », 2. « Les modes alternatifs de règlement des différends ».

<sup>2</sup> P. Hébraud « L'exécution des jugements civils », *RIDC* 1957, 1 et suiv.

<sup>3</sup> Cornu et Foyer, *op. cit.*, n° 3, p. 12.

<sup>4</sup> Ce tribunal s'appelait tribunal de grande instance jusqu'au 31 décembre 2019.

<sup>5</sup> Auquel renvoie l'article L. 121-1 du Code des procédures civiles d'exécution.

<sup>6</sup> Cornu et Foyer, *op. cit.*, n° 4, p. 14.

<sup>7</sup> Sur cette controverse largement académique, cf. par ex. Solus et Perrot, *op. cit.*, t. I, n° 7 ; Catala et Terré, *op. cit.*, p. 16 ; Cornu et Foyer, *op. cit.*, n° 4, p. 10-11 ; Perrot, *op. cit.*, t. I, p. 4 et suiv. ; Cadiet et Jeuland, *op. cit.*, n° 11. Les lois d'organisation judiciaire

cas, pour lui reconnaître un caractère formaliste et un caractère impératif.

#### A. Un droit formaliste

Cela semble aller de soi, puisque la définition même de la procédure est d'accomplir des actes dans certaines formes et dans certains délais. Ce formalisme vise à assurer au justiciable une totale sécurité juridique et à le protéger contre des manœuvres déloyales de l'adversaire ou contre l'arbitraire du juge : par exemple, le délai permettant au défendeur de préparer sa défense. Technique au service de principes supérieurs, le formalisme est un gage de sécurité.

En revanche, l'excès de formalisme a souvent été dénoncé, car il peut se retourner contre un plaideur de bonne foi, exposé à perdre son procès pour une raison de pure forme, par exemple pour avoir laissé passer le délai imparti pour interjeter appel d'un jugement de première instance. Cet excès du formalisme explique que la procédure civile soit régulièrement décriée. En effet la subtilité et la minutie de ses règles sont accusées d'encourager les manœuvres dilatoires et la chicane, au détriment du bon sens, en faisant perdre son temps et son argent au justiciable dont la cause est juste.

Ne dit-on pas d'un plaideur qui cherche à enliser un litige au moyen d'artifices de procédure, que c'est un « *procédurier* » ? D'un moyen qui cherche à éluder le fond du droit que c'est un « *argument de pure procédure* » ? La Bruyère a même pu écrire<sup>1</sup> : « *Une belle maxime pour le Palais, utile pour le public, remplie de raison et d'équité, ce serait précisément la contradictoire de celle qui dit que la forme l'emporte sur le fond.* »

Le législateur s'efforce de diminuer les inconvénients d'un formalisme en soi indispensable, en atténuant, dans certains cas, les conséquences attachées à l'inobservation par un plaideur des formes et délais de procédure.

#### B. Un droit impératif

La plupart des règles de procédure civile sont d'ordre public, dans la mesure où la justice est un service public. On imagine mal abandonner totalement au plaideur ne serait-ce que le choix de la juridiction à saisir, car la bonne administration de la justice pourrait s'en ressentir.

Néanmoins la procédure civile gouverne un contentieux de droit privé. L'ordre public judiciaire tend ainsi à la défense des intérêts particuliers des plaideurs. Du moment que les règles d'organisation et de fonctionnement de la justice civile ne sont pas compromises, la volonté des plaideurs doit donc être prise en considération. Ces principes ne constituent que l'application des dispositions de l'article 6 du Code civil au domaine de la procédure civile. La volonté des plaideurs de conclure un accord, avant tout procès dans l'éventualité d'un litige ou une fois le litige né, sera dès lors respectée.

### § 3 Sources de la procédure civile<sup>2</sup>

La plupart des sources de la procédure civile sont écrites. Il en existe néanmoins des sources complémentaires qui ne sont pas écrites.

#### A. Sources écrites de la procédure civile

On envisagera les sources constitutionnelles, les sources législatives et réglementaires, les sources internationales.

##### 1. Sources constitutionnelles de la procédure civile

---

sont de droit public, celles relatives à l'action de droit privé, enfin les règles de compétence et de procédure proprement dites participent à la fois du droit public et du droit privé. La procédure civile est donc une discipline hybride, selon la doctrine dominante. Dans les facultés de droit, le cours revient traditionnellement à un enseignant de droit privé, en raison des liens étroits que la procédure civile entretient avec le droit privé, droit substantiel dont elle assure la réalisation.

<sup>1</sup> *Les caractères.*

<sup>2</sup> S. Guinchard « L'évolution des sources du droit du procès », in : D. Mazeaud et Th. Bonneau, *Sur quelques aspects du renouvellement des sources du droit*, Université Panthéon-Assas, 2016, p. 129 et suiv.

Comme toutes les branches du droit, la procédure civile subit un phénomène de constitutionnalisation, sous l'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel et des autres juridictions qui ont reconnu les principes constitutionnels qu'il avait consacrés<sup>1</sup>.

En doublant le contrôle de constitutionnalité des lois *a priori* dévolu au Conseil constitutionnel depuis 1958 (article 61 de la Constitution du 4 octobre 1958), d'une possibilité de le saisir *a posteriori*, par le biais d'une question prioritaire de constitutionnalité portant sur la compatibilité d'une disposition législative déjà en vigueur avec les droits et libertés que la constitution garantit, la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 (article 61-1 de la constitution) a singulièrement renforcé le rôle de cette juridiction.

Sans doute la Constitution du 4 octobre 1958 n'énonce-t-elle explicitement aucun principe constitutionnel concernant la procédure civile. Mais, comme on le sait, le Conseil constitutionnel s'est fondé sur les renvois opérés par les auteurs de la constitution dans son préambule, pour attribuer une valeur constitutionnelle à d'autres normes que la constitution elle-même<sup>2</sup>. L'ensemble de ces normes à valeur constitutionnelle compose ce qu'il est convenu d'appeler le bloc de constitutionnalité. Celui-ci comprend notamment, outre la constitution du 4 octobre 1958 :

- la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789,
- le préambule de la constitution du 27 octobre 1946
- et les « *principes fondamentaux reconnus par les lois de la République* », auxquels le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 proclame l'attachement du peuple français.

En se fondant sur ces normes extérieures à la constitution elle-même, mais qu'il a intégrées au bloc de constitutionnalité, notamment sur l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen<sup>3</sup>, le Conseil constitutionnel a posé des principes constitutionnels de portée universelle, intéressant tous les contentieux, y compris la procédure civile<sup>4</sup>. Ainsi en va-t-il, par exemple, du droit d'exercer un recours effectif devant une juridiction<sup>5</sup>, du droit à un procès équitable<sup>6</sup>, du principe d'indépendance et d'impartialité dans l'exercice de fonctions juridictionnelles<sup>7</sup>, des droits de la défense et du principe de la contradiction<sup>8</sup>.

Or l'article 62, alinéa 3, de la Constitution du 4 octobre 1958 prévoit que les décisions du Conseil constitutionnel s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles. La Cour de cassation et le Conseil d'Etat ont donc, à leur tour, reconnu une valeur constitutionnelle à certains de ces principes<sup>9</sup>.

## 2. Sources législatives et réglementaires de la procédure civile

On traitera successivement des domaines d'application respectifs de la loi et du règlement en procédure civile, du domaine d'application de la loi et du règlement dans l'espace et dans le temps en procédure civile et de la codification de la procédure civile.

### a. Domaines d'application respectifs de la loi et du règlement

S'il prévoit que la loi fixe les règles concernant la procédure pénale, l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958 n'indique en revanche rien au sujet des règles concernant la procédure civile. Celle-ci relève donc du domaine réglementaire<sup>10</sup>, dès lors que l'article 37 de la constitution énonce que toutes les autres matières que celles énumérées par l'article 34 ont un caractère réglementaire. Cette

<sup>1</sup> A. Roblot-Troizier et M.-C. Arreto (dir.) « 10 ans de QPC : Vers l'émergence d'un droit constitutionnel processuel ? » (à compléter) ;

<sup>2</sup> Cons. const. décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, *Les grands arrêts du Conseil constitutionnel*, n° 19 et jurisprudence subséquente.

<sup>3</sup> « *Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution.* »

<sup>4</sup> Cf. *infra* : Deuxième partie « L'instance », titre I « Cadre juridique de l'instance », chap. I « Principes fondamentaux de l'instance »

<sup>5</sup> Cf. *infra* : Première partie « L'accès au juge », titre I « L'action en justice », chap. I « Généralités sur l'action en justice », section 2 « Caractères de l'action en justice ».

<sup>6</sup> Cons. const. décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, cons. 11.

<sup>7</sup> Cons. const. décision n° 2010-110 QPC du 25 mars 2011, cons. 3 ; décision n° 2012-250 QPC du 08 juin 2012, cons. 3 ; Décision n° 2014-457 QPC du 20 mars 2015, cons. 4.

<sup>8</sup> Cf. *infra* : Deuxième partie « L'instance », titre I « Cadre juridique de l'instance », chap. II « Principes directeurs du procès », section 3 « Principe de la contradiction ».

<sup>9</sup> Droit d'exercer un recours effectif devant une juridiction, principe de la contradiction, droits de la défense, comme on le verra (cf. *infra*).

<sup>10</sup> Cons. const. décision n° 80-113 L du 14 mai 1980, cons. 1.



compétence réglementaire rencontre néanmoins une double limite :

- D'une part, l'article 34 réserve « la création de nouveaux ordres de juridiction et le statut des magistrats » à la loi. Or ces matières peuvent intéresser la procédure civile.
- D'autre part, le Conseil constitutionnel a réintégré certaines matières dans le champ législatif de l'article 34<sup>1</sup>. Ce texte énonce en effet, *in limine*, que la loi fixe les règles concernant « les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ». Se fondant sur cette disposition, le Conseil constitutionnel a donc considéré que toutes les fois que ces garanties fondamentales étaient en cause, seul le législateur était compétent pour légiférer en matière de procédure civile, sous réserve de n'enfreindre aucune norme à valeur constitutionnelle<sup>2</sup>. Ainsi le Conseil constitutionnel a-t-il décidé, par exemple, que le législateur était seul compétent pour la fixation des cas d'ouverture du pourvoi en cassation<sup>3</sup> ou bien encore celles des règles de procédure civile mettant en jeu les droits de la défense<sup>4</sup> ou le principe de la contradiction qui en est le corollaire<sup>5</sup>.

En définitive, en vertu de l'article 37 de la Constitution, ont un caractère réglementaire la compétence judiciaire<sup>6</sup> et la procédure au sens strict, à la condition de ne pas enfreindre de grands principes tels ceux précédemment évoqués. Il en résulte que le droit judiciaire privé est devenu en grande partie un droit élaboré par l'Administration, sans contrôle parlementaire préalable, ce qui ne va pas sans risque pour les citoyens. Cependant les règlements de procédure civile peuvent être attaqués par la voie du recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'État, en particulier pour violation d'un principe général du droit.

La réforme issue de la loi n° 2019-222 « de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice » du 23 mars 2019<sup>7</sup> constitue un bon exemple de ce caractère amplement réglementaire de la procédure civile.

Cette réforme a restreint la liberté d'accès aux tribunaux, d'une part, par l'obligation imposée au justiciable, dans certains cas, de recourir préalablement à un mode alternatif de règlement des différends avant de saisir un juge, à peine d'irrecevabilité de la demande<sup>8</sup>, d'autre part en étendant le champ d'application de la représentation obligatoire par avocat devant les tribunaux<sup>9</sup>. Une loi a donc été nécessaire, puisque « les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques », qui relèvent du domaine exclusif de la loi d'après l'article 34 de la Constitution, étaient en jeu.

Cependant, malgré sa longueur et sa complexité, la loi n'a tiré que les grands traits d'une réforme de la procédure, notamment civile, que la garde des sceaux et les technocrates de l'administration

<sup>1</sup> Chainais et alii, *Procédure civile*, *op. cit.*, n° 71.

<sup>2</sup> Cf. *supra*.

<sup>3</sup> Cons. const. décision n° 80-113 L du 14 mai 1980, cons. 7.

<sup>4</sup> Cons. const. décision n° 72-75 L du 21 décembre 1972, cons. 1 et 3.

<sup>5</sup> Cons. const. décision n° 85-142 L du 13 novembre 1985, cons. 1 et 3.

<sup>6</sup> Sous réserve, selon une jurisprudence du Conseil d'État interprétant extensivement la disposition de l'article 34 réservant à la loi la fixation des règles concernant la création de nouveaux ordres de juridiction (Chainais et alii, *op. cit.*, n° 71), que la détermination de la compétence d'une juridiction ne soit pas adossée à la création d'une nouvelle juridiction.

<sup>7</sup> Th. Andrieu « Cette réforme, c'est plus de rapidité, de simplicité et de lisibilité pour le justiciable », <http://www.justice.gouv.fr/justice-civile-11861/loi-du-23-mars-2019-une-reforme-majeure-de-la-procedure-civile-32341.html> : défense de rire... ; J. Théron « "Less is more", esquisse d'une nouvelle procédure civile minimaliste – loi n° 2019-222 du 23 mars 2019, *JCP* 2019, doctr. 495 ; Th. Andrieu « Les réformes de la justice civile », *in* : C. Chainais et X. Lagarde (coord.), *L'avenir du procès civil, 2ème séminaire de droit processuel du 21 février 2019*, *JCP* 8 avril 2019, supplément au n° 14, p. 7 et suiv. ; Th. Le Bars « Réflexions désabusées sur la réforme permanente de la justice civile », *ibid.*, p. 22 et suiv. ; *Varii auctores*, *Réforme de la procédure civile*, *D. actualité* 20 janvier 2020 ; M.-C. Lasserre « Panorama des principales réformes de la procédure civile à la suite de la publication du décret n° 2019-1333 Panorama des principales réformes de la procédure civile à la suite de la publication du décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019 réformant la procédure civile », *Gaz. Pal.* 7 janvier 2020, p. 13 ; S. Amrani-Mekki « Nouvelles réformes de procédure civile – Vous avez dit simplification ? », *JCP* 20 janvier 2020, *doctr.* 75 ; N. Fricero « Tout ce que vous voulez savoir sur la réforme de la procédure civile sans le demander... », *Procédures* février 2020, *Etude* 1 ; B. Taillebot et Ch. Gallino « Le regard de la magistrature sur la réforme de la procédure civile "Voici enfin l'œuvre fameuse, le palais aux détours inextricables" (Virgile, *Énéide*, IV, 27) », *Dr. fam.* avril 2020, *Etude* 13 ; B. Beignier et V. Egéa « La nouvelle organisation judiciaire et les compétences juridictionnelles », *Procédures* mars 2020, *Etude* 2 ; L. Cadiet « Un train (de réforme) peut en cacher un (des) autre(s). Pour quelle destination ? », *Procédures* mars 2020, *Repère* 3 ; F.-X. Berger, *Réforme de la procédure civile (guide à l'usage des praticiens du droit)*, Dalloz, 2020.

<sup>8</sup> Article 3 de la loi du 23 mars 2019 modifiant l'article 4 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 « justice du vingt-et-unième siècle ».

<sup>9</sup> Article 5 de la loi du 23 mars 2019.

centrale du ministère de la justice ont imposée, en dépit l'opposition justifiée de la grande majorité des acteurs du monde judiciaire – avocats, greffiers, magistrats –, en renvoyant à des décrets pour la mise en œuvre de cette réforme. Une première « rafale » de décrets d'application est intervenue le 30 août 2019. Un autre décret d'application extrêmement long et compliqué, le décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019 – applicable dans la plupart de ses dispositions dès le 1er janvier 2020 ! – est venu compléter la réforme<sup>1</sup>. La manière dont cette réforme au contenu fort discutable fut imposée est navrante.

b. Domaine d'application des lois et règlements dans l'espace et dans le temps

On évoquera rapidement le domaine d'application des lois et règlements dans l'espace en procédure civile, puis on s'attardera davantage sur leur domaine d'application dans le temps.

α) Domaine d'application des lois et règlements dans l'espace

S'agissant du domaine d'application des lois et règlements dans l'espace, le droit judiciaire privé s'applique à l'ensemble du territoire métropolitain, y compris en Alsace-Lorraine, sous réserve de certaines particularités, alors que pendant longtemps, ce ne fut pas le cas.

β) Domaine d'application des lois et règlements dans le temps<sup>2</sup>

Pour ce qui est de l'application dans le temps des règles de procédure, il n'y a pas de problème lorsque les textes nouveaux contiennent des dispositions transitoires. A défaut, il convient de se reporter au fameux article 2 du Code civil, aux termes duquel « *La loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif.* » Mais on sait que, malgré son élégance, ce texte est fort insuffisant, dans la mesure où il ne définit pas la rétroactivité. La délimitation exacte du champ d'application dans le temps des règles nouvelles doit donc s'effectuer en se référant aux principes du droit transitoire dégagés par Paul Roubier<sup>3</sup>.

Ce dernier part, on le sait, de la constatation que la loi s'applique à des situations juridiques et distingue la survie de la loi ancienne, l'application immédiate de la loi nouvelle et sa rétroactivité :

- la loi nouvelle ne rétroagit pas, c'est-à-dire qu'elle ne peut revenir ni sur la création de situations juridiques en cours – ce qui était valable reste valable et ce qui était nul reste nul –, ni sur les effets passés de telle situation.

En conséquence, en procédure civile, les actes de procédure valablement accomplis sous l'empire de la loi ancienne en respectant les formes et délais le demeurent, quand bien même une nouvelle loi viendrait modifier ces formes et délais<sup>4</sup>.

De même, ces actes conservent les effets que la loi ancienne leur avait attribuée<sup>5</sup> ou sont définitivement privés des effets que la loi ancienne leur avait refusés<sup>6</sup>.

- La loi nouvelle s'applique, en revanche, aux situations juridiques à venir. Dès lors un acte de procédure accompli après l'entrée en vigueur de la nouvelle loi devra respecter les formes et délais qu'elle impose désormais.
- Enfin la loi nouvelle s'applique immédiatement aux effets futurs des situations juridiques en cours, sauf lorsqu'elles sont contractuelles, auquel cas leurs effets futurs demeurent normalement régis par la loi ancienne, par application du principe de la survie de la loi

<sup>1</sup> M.-C. Lasserre « Panorama des principales réformes de la procédure civile à la suite de la publication du décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019 », *Gaz. Pal.* 7 janvier 2020.

<sup>2</sup> G. Roujou de Boubée « La loi nouvelle et le litige », *RTD civ.* 1968, 479 ; J. Normand « L'application dans le temps des lois de droit judiciaire privé au cours de la dernière décennie », in : *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, 555 et suiv. ; E. Verges « Les dispositions transitoires en droit judiciaire privé », *Cahiers de méthodologie juridique, RRJ*, n° 14, 1999, p. 1469.

<sup>3</sup> P. Roubier, *Le droit transitoire : conflits de lois dans le temps*, 2ème éd., Sirey, 1960, réimpr. Dalloz, prés. L.-A. Barrière, 2008, not. n° 101 et suiv.

<sup>4</sup> Civ. 1, 23 mars 1965, n° 63-11569, *B. I*, n° 207 ; *JCP* 1965, II, 14344, note H. Bulté Civ. 2, 4 juin 1980, n° 79-10029, *B. IV*, n° 133 ; Com. 27 janvier 1998, n° 94-15063, *B. IV*, n° 46.

<sup>5</sup> Civ. 2, 4 juin 1980, préc. ; Cass. avis 22 mars 1999, n° 99-00001 et 99-00005, *B. avis*, n° 2 ; Civ. 2, 30 avril 2003, n° 00-14333, *B. II*, n° 123.

<sup>6</sup> Com. 15 mai 2012, n° 11-18507, *B. IV*, n° 99.

ancienne en matière contractuelle. Or le litige n'a, en soi, rien d'une situation juridique contractuelle, quand bien même il puiserait son origine dans la validité ou l'exécution un contrat. La loi nouvelle de procédure s'y applique donc immédiatement<sup>1</sup>.

Par exemple, si une loi nouvelle vient retirer sa compétence au tribunal devant lequel une affaire est pendante, celui-ci devra se dessaisir, en vertu du principe de l'application immédiate de cette loi<sup>2</sup>. La solution ne va d'ailleurs pas sans inconvénient, car elle s'apparente à une « rétroactivité de fait » pour le justiciable. Il en irait néanmoins autrement si le tribunal avait déjà statué sur le fond<sup>3</sup> : une loi nouvelle ne pourrait l'en dessaisir. En effet l'instance étant, dans cette hypothèse, dénouée au moment de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, la situation juridique ne serait plus en cours, mais déjà éteinte à ce moment<sup>4</sup>.

### c. Codification de la procédure civile

La procédure civile a été tôt codifiée : le Code de procédure civile de 1806, promulgué en mai 1806 et entré en vigueur le 1er janvier 1807, fut l'un des cinq grands codes napoléoniens. Élaboré par une commission de cinq membres qui étaient tous praticiens, ce code empruntait largement à l'Ancien droit et notamment à l'ordonnance d'avril 1667 sur la procédure civile, dont Colbert et le chancelier Lamoignon avaient été les artisans. Les auteurs du code de 1806 étaient en effet rompus à la procédure de l'Ancien droit. Ne sachant s'en écarter, ils ont maintenu une procédure civile longue, formaliste et onéreuse. Ce code « *était donc déjà vieux au moment de sa naissance* »<sup>5</sup>. Dépourvu des brillantes qualités de synthèse et d'innovation qui ont fait la réputation du Code civil de 1804, il fut rapidement la cible de critiques. Il était au surplus fort incomplet, car il ne contenait aucune disposition sur l'organisation judiciaire, dont il fallait aller chercher les règles dans de nombreux textes épars.

Le Code de procédure civile napoléonien connut de nombreuses réformes. Les décrets n° 58-1289 du 22 décembre 1958 et n° 65-872 du 13 octobre 1965 préfigurèrent notamment de grandes orientations, qu'on retrouve dans la procédure civile actuelle. Cependant la nécessité d'une réforme d'ensemble de la procédure civile se fit, malgré tout, sentir.

En avril 1969, une commission de réforme du Code de procédure civile fut instituée, sous la présidence de Jean Foyer. Ses travaux ont abouti à un nouveau Code de procédure civile, entré en vigueur le 1er janvier 1976<sup>6</sup>. Sa rédaction est due, pour l'essentiel, à Gérard Cornu, professeur à l'Université Panthéon-Assas<sup>7</sup>, et à Henri Motulsky, un très grand processualiste<sup>8</sup> : d'importantes dispositions du Code trahissent l'influence de ce dernier. Ce code est divisé en six livres, ses articles sont numérotés de 1 à 1582.

Durant une certaine période, toutefois, l'Ancien code de procédure civile a partiellement survécu. En effet, toutes les matières qu'il contenait n'avaient pas été reprises dans le nouveau. Pour éviter des malentendus, on parlait donc de « l'ancien Code de procédure civile » ou du « nouveau Code de procédure civile », selon que les dispositions auxquelles on entendait se référer figuraient dans l'un

<sup>1</sup> Roubier, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>2</sup> Sauf dispositions transitoires contraires, bien évidemment : Civ. 2, 18 décembre 2014, n° 13-24449, B. II, n° 255.

<sup>3</sup> Civ. 2, 9 février 1955, n° 1-764, B. II, n° 77 ; Civ. 1, 4 janvier 1957, n° 2-054, B. I, n° 2 ; Civ. 2, 25 octobre 1963, n° 61-13754, B. II, n° 676 ; Civ. 2, 5 janvier 1978, *Gaz. Pal.* 1978, 1, *Somm.* 75 ; *RTD civ.* 1978, 698, obs. J. Normand ; Civ. 2, 16 décembre 1982, n° 81-10452, B. II, n° 165. Cf. Chainais et alii, *op. cit.*, n° 61.

<sup>4</sup> *Contra* : Roubier, *op. cit.*, n° 557, qui y voit une hypothèse exceptionnelle de survie de la loi ancienne de procédure ; comp. Normand, *op. cit.*, n° 11 et suiv.

<sup>5</sup> Perrot, *op. cit.*, t. I, p. 23.

<sup>6</sup> Cornu et Foyer, *op. cit.*, n° 6 ; Chainais et alii, *op. cit.*, n° 46 et suiv. et les réf. ; G. Cornu, *L'art du droit en quête de sagesse*, PUF, 1998, 385 et suiv. ; « L'élaboration du Code de procédure civile », *Rev. d'hist. des facultés de droit*, 1996, vol. 16, 241 et suiv. ; « L'avènement du NCPC », in : *le NCPC, vingt ans après*, colloque de la Cour de cassation déc. 1997, Doc. fr. 1998 ; S. Pierre-Maurice « De la nouveauté du Code de procédure civile », in : *Mélanges en l'honneur du professeur Gilles Goubeaux*, Dalloz-LGDJ, 2009, p. 445 et suiv.

<sup>7</sup> *Hommage à Gérard Cornu – Droit et sagesse*, colloque de l'Association Henri Capitant du 7 mars 2008, Dalloz, 2009.

<sup>8</sup> Chainais et alii, *op. cit.*, n° 46 ; P. Bellet « Nécrologie à la mémoire du professeur Henri Motulsky », *Travaux du comité français de droit international privé*, 1974, 37 ; J. Foyer « Éloge de Motulsky », in : *Journées Henri Motulsky 20 décembre 1991*, publications de la Cour de cassation ; J. Foyer « Synthèse des travaux », in : *Le nouveau Code de procédure civile : vingt ans après – Acte du colloque des 11 et 12 décembre 1997 organisé par la Cour de cassation*, la Documentation française, 1998, p. 321 et suiv. ; C. Bléry et L. Raschel (dir.), *Qu'est devenue la pensée de Henri Motulsky ? Colloque organisé à l'occasion du quarantième anniversaire de la disparition de Henri Motulsky*, *Journées de Caen 20 janvier 2012, Procédures* 3, mars 2012, et notamment C. Chainais « Rapport de synthèse – Le destin d'une pensée visionnaire », *dossier* 14 ; Ph. Blondel « Motulsky c'est une lumière, celle qui conduit, inspire et illumine », entretien, *JCP* 16 janvier 1992, 39.

ou l'autre. Mais, fort heureusement, cette phase de transition appartient désormais au passé.

Pourtant fort bien rédigé, le Code de procédure civile de 1976 a fait l'objet d'assez nombreuses modifications depuis 1976<sup>1</sup>, au gré des caprices de tel ou tel plumentif de la Chancellerie. Son équilibre initial s'en est trouvé altéré.

Il convient de souligner, en outre, que toute la procédure civile n'est pas contenue dans le Code de procédure civile :

- D'une part, en effet, le Code de l'organisation judiciaire fixe l'organisation, le fonctionnement et, en grande partie, la compétence d'attribution des juridictions de l'ordre judiciaire<sup>2</sup>. De fait, l'article 33 du Code de procédure civile énonce notamment que « *La compétence des juridictions en raison de la matière est déterminée par les règles relatives à l'organisation judiciaire...* »
- D'autre part, les procédures d'exécution ont été intégrées dans le Code des procédures civiles d'exécution, distinct du Code de procédure civile.
- Enfin, d'autres codes ou des lois spécifiques contiennent également des dispositions intéressant la procédure<sup>3</sup>. Le juriste qui étudie la procédure civile doit donc prendre garde à cette dispersion des sources législatives et réglementaires de la procédure civile : elle complique sa tâche, surtout pour les questions de compétence juridictionnelle.

### 3. Sources internationales de la procédure civile

Le développement des sources internationales est essentiellement dû à l'internationalisation des échanges. Celle-ci a entraîné une internationalisation des litiges, d'où un besoin de conventions internationales pour en régler le traitement judiciaire. Au sein de l'Union européenne, de nombreux règlements ont imposé une procédure transfrontalière directement applicable en droit interne.

Cependant, indépendamment de tout litige international, les États ont accepté de respecter, dans la conduite de leur procédure nationale, certains principes fondamentaux qui seraient l'expression d'un ordre naturel. Dans les universités françaises, l'étude de ces principes fondamentaux relève principalement du droit processuel<sup>4</sup>, une matière enseignée en première année de certains masters. A l'origine limitée à une comparaison des procédures civile, administrative et pénale, cette discipline traite aujourd'hui d'un droit commun du procès équitable.

On passera brièvement en revue les principales sources internationales de ces principes gouvernant la procédure civile française : traités internationaux généraux et spéciaux, Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, droit de l'Union européenne.

#### a. Traités internationaux généraux et spéciaux

Ces principes se trouvent exposés, tout d'abord, dans des traités internationaux généraux, par exemple, le Pacte des nations unies relatifs aux droits civils et politiques de 1966, dont l'article 14 consacre le droit à un procès équitable<sup>5</sup>. Ils sont aussi exposés dans des traités internationaux spéciaux, par exemple, la convention de New York du 26 Janvier 1990 relative aux droits de l'enfant.

#### b. Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales

Mais surtout, en Europe, ces principes fondamentaux ont été consacrés par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950,

<sup>1</sup> *Le nouveau Code de procédure civile : vingt ans après – Acte du colloque des 11 et 12 décembre 1997 organisé par la Cour de cassation* ; L. Cadiet et G. Canivet (dir.), 1806-1976-2006, *De la commémoration d'un code à l'autre : 200 ans de procédure civile en France*, Litec, 2006. I. Pétel-Teyssié et C. Puigelier (dir.), *Quarantième anniversaire du Code de procédure civile (1975-2015)*, Éditions Panthéon-Assas, 2016 ; G. Wiederkehr « Le nouveau Code de procédure civile : la réforme permanente », in : *Droit et actualité – Etudes offertes à Jacques Béguin*, Litec, 2005, p. 787 et suiv.

<sup>2</sup> Le Code de l'organisation judiciaire contient également quelques dispositions relatives à la compétence territoriale de certaines juridictions.

<sup>3</sup> *Cf. supra.*

<sup>4</sup> S. Guinchard, C. Chainais, C. Delicostopoulos et alii, *Droit processuel (droits fondamentaux du procès)*, 11ème éd., Dalloz, coll. Précis Dalloz, 2021 ; E. Jeuland, *Droit processuel général*, 4ème éd., LGDJ, coll. Précis Domat, 2018.

<sup>5</sup> S. Guinchard « L'application du pacte international relatif aux droits civils et politiques par le juge judiciaire », in : *La France et le pacte international relatif aux droits civils et politiques*, Journée d'étude organisée par l'Institut des hautes études européennes de Strasbourg et l'équipe de recherche Droit comparé et droits de l'homme, sous la direction de Jean-François Flauss, *Petites affiches* n° 104, 25 mai 2000, p. 23 et suiv.

que la France a signée et ratifiée.

Cette convention, on le sait, est un traité d'application directe, créant des droits directement au profit des ressortissants des États signataires, que ceux-ci peuvent invoquer devant leurs juridictions nationales. Elle est d'autant plus efficace que la violation de ses dispositions est sanctionnée par un organe spécifique, la Cour européenne des droits de l'homme. Les particuliers peuvent la saisir, une fois les voies de recours internes épuisées en vain, aux fins d'obtenir une indemnisation équitable du préjudice que la violation d'une disposition de la convention leur a causé.

Le célèbre article 6, § 1 de la convention EDH affirme le droit de toute personne « *à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial* ». A partir de ce texte, la Cour européenne a dégagé plusieurs principes fondamentaux du procès<sup>1</sup>, que la procédure civile française doit respecter.

### c. Droit de l'Union européenne

Dans son article 6-1, le traité sur l'Union européenne précise que l'Union accorde à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne la même valeur que les traités. Or l'article 47 de la Charte affirme le droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial.

En outre, l'article 6 du Traité sur l'Union européenne affirme que les droits fondamentaux garantis par la Convention EDH font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux. L'adhésion programmée de l'Union européenne renforcera l'interaction entre les deux systèmes de protection des droits fondamentaux, puisque le droit de l'Union devra respecter les droits garantis par la Convention EDH. Toute personne pourra alors saisir la Cour européenne d'une violation par l'Union européenne d'un droit reconnu par la convention EDH.

## B. Sources complémentaires de la procédure civile

Il s'agit de la coutume, la jurisprudence et la doctrine.

### 1. La coutume

Elle prend la forme d'usages d'origine locale, qui constituent des habitudes suivies par les praticiens d'un lieu et conduisent à l'élaboration d'un style du Palais. Ces styles ont une force obligatoire inégale. Ils sont en effet susceptibles de se développer de deux manières :

- *praeter legem* c'est-à-dire en complément de la loi : c'est ainsi que certaines juridictions vont adapter les règles de procédure afin de s'adapter à la densité des affaires.
- *contra legem* quand, volontairement, on s'affranchit des règles de procédure ; ces usages sont alors, bien sûr, dépourvus de force obligatoire.

Ex. juridiction de première instance faisant droit à une demande de renvoi à une audience ultérieure faite uniquement par écrit, son auteur étant absent à l'audience à laquelle il sollicite le renvoi, alors que la procédure applicable dans le litige est une procédure orale, dans laquelle les parties ou leurs représentants doivent comparaître à l'audience.

### 2. La jurisprudence

La jurisprudence, on a déjà pu s'en convaincre, est en pleine expansion, notamment celle du Conseil Constitutionnel, de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice de l'Union européenne.

### 3. La doctrine<sup>2</sup>

Elle a contribué à certaines grandes réformes de la procédure civile. Parmi les auteurs de la première moitié du vingtième siècle, on peut citer les grands noms suivants : Japiot, Glasson, Garsonnet, César-Bru, Tissier, Morel, Vizioz. Leur œuvre doctrinale s'est accomplie par la rédaction de traités de

<sup>1</sup> Cf. *infra* : 2ème partie « L'instance », titre I « Cadre juridique de l'instance », chap. I « Principes fondamentaux du procès ».

<sup>2</sup> S. Guinchard « La part de la doctrine dans la procédure civile », *Revue de droit d'Assas* 2011, n° 3, p. 73 et suiv.

procédure civile restés classiques<sup>1</sup>, d'essais<sup>2</sup> et de commentaires de jurisprudence.

Dans la seconde moitié du vingtième siècle, d'autres auteurs renommés ont succédé aux précédents : Henri Solus et Roger Perrot, auteurs de nombreux commentaires de jurisprudence et co-auteurs d'un traité de droit judiciaire privé qui fait encore référence<sup>3</sup> ; Pierre Hébraud, auteur de notes et d'articles pénétrants ; Jean Foyer, Gérard Cornu et Henri Motulsky, inspirateurs du Code de procédure civile de 1976, d'ailleurs rédigé pour l'essentiel par G. Cornu<sup>4</sup>, et auteurs d'importants travaux théoriques ou commentaires de jurisprudence<sup>5</sup> ; Jacques Héron, décédé prématurément, auteur d'un manuel de droit judiciaire privé, réédité depuis par M. Thierry Le Bars<sup>6</sup>, remarquable par l'originalité et la profondeur des vues qui y sont exprimées.

## Section 2 : Le litige<sup>7</sup>

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

Les termes de litige, contestation et différend sont, en pratique, synonymes dans la langue juridique<sup>8</sup>. Les textes les emploient dans une large mesure indifféremment. Ainsi l'article 4 du Code de procédure civile parle-t-il de « *l'objet du litige* », l'article 480 du même code de « *la contestation* » tranchée dans le dispositif du jugement, auquel l'autorité de la chose jugée est attachée. De même, l'article 2044 du Code civil définit la transaction comme un contrat par lequel les parties mettent fin à « *une contestation née* » ou préviennent « *une contestation à naître* ». Quant à l'article 2048 du même code, il limite l'effet extinctif de la transaction au « *différend qui y a donné lieu* », cependant que l'article 2049 ajoute que « *les transactions ne règlent que les différends qui s'y trouvent compris* ». Le législateur emploie donc tantôt l'un, tantôt l'autre de ces termes, sans paraître les distinguer.

Si tout procès contentieux suppose un litige, tout litige ne débouche pas nécessairement sur un procès. En effet, il existe différentes façons d'éteindre un litige. On évoquera la genèse du litige, puis sa solution.

### § 1 Genèse du litige

Cette genèse se rapporte à l'origine du litige et à ses éléments constitutifs.

#### A. Origine du litige

Le litige résulte d'un trouble à l'ordre juridique, dont l'origine est variable. Parfois il puise son origine dans l'incertitude de la règle de droit, soit en elle-même, soit dans son application au fait : la chose est litigieuse tout simplement parce qu'elle est douteuse. Mais un nombre relativement élevé de litiges ont pour l'origine la mauvaise foi d'une partie, qui soumet au juge une prétention qu'elle sait mal fondée. Certes, les juges sanctionnent en principe les abus dans les voies de droit<sup>9</sup> ; mais ils font trop souvent encore, en pratique, preuve de pusillanimité en la matière.

#### B. Éléments constitutifs du litige

<sup>1</sup> E.-D. Glasson, A. Tissier et R. Morel, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, 5 vol., 3ème éd., Sirey, 1925-1936 ; E. Garsonnet et Ch. César-Bru, *Traité théorique et pratique de la procédure civile et commerciale*, 8 vol., plus un vol. consacré à la table générale et un vol. de mise à jour, 3ème éd., Sirey, 1912-1938 ; R. Japiot, *Traité élémentaire de procédure civile et commerciale*, 3ème éd., Rousseau, 1935.

<sup>2</sup> H. Vizios, *Etudes de procédure*, préf. S. Guinchard, réimpr. de l'édition de 1956, Dalloz, 2011.

<sup>3</sup> H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, 3 vol., Sirey, 1961-1991.

<sup>4</sup> Cf. *supra*.

<sup>5</sup> H. Motulsky, *Écrits – Etudes et notes de procédure civile*, réimpr. de l'éd. de 1973, préf. G. Bolard, réimpr. Dalloz, 2009 ; G. Cornu et J. Foyer, *Procédure civile*, 3ème éd., PUF, coll. Thémis, 1996 (ouvrage déjà cité à de nombreuses reprises).

<sup>6</sup> J. Héron, Th. Le Bars et K. Salhi, *Droit judiciaire privé*, 7ème éd., Lextenso, coll. Précis Domat, 2019.

<sup>7</sup> Cornu et Foyer, *op. cit.*, p. 35 et suiv.

<sup>8</sup> G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique – Association Henri Capitant*, 13ème éd., PUF, coll. Quadriga, 2020, v° « litige ».

<sup>9</sup> Cf. *infra* : 1ère partie « L'accès au juge », titre I « L'action en justice », chap. I « Généralités sur l'action en justice », sect. 2 « Caractères de l'action en justice », § 3 « Caractère libre de l'action en justice ».

Le litige suppose au moins deux prétentions antagonistes : un sujet de droit prétend une chose, qu'un autre sujet de droit lui conteste. Au point de vue procédural, il se compose de deux éléments : l'objet et la cause. Ces deux éléments se déduisent de l'article 1355 du Code civil<sup>1</sup>, relatif à l'autorité de la chose jugée en matière civile, dont la rédaction, remontant à 1804, est la suivante :

« *L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même ; que la demande soit fondée sur la même cause ; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité.* »

Ce texte, sur lequel on reviendra plus loin, à propos des effets du jugement<sup>2</sup>, mérite d'ores et déjà quelques explications, afin de comprendre pourquoi l'interprète est fondé à en inférer les éléments constitutifs de tout litige, que sont l'objet et la cause.

Lorsqu'une juridiction a définitivement tranché un litige, le plaideur qui a succombé est irrecevable, comme l'article 122 du Code de procédure civile le laisse entendre *in fine*, à saisir une seconde fois cette juridiction du même litige, afin qu'elle le tranche à nouveau : l'autorité de la chose jugée acquise par la décision rendue antérieurement, aujourd'hui affirmée par l'article 480 du Code de procédure civile, s'y oppose. Si, en effet, les plaideurs pouvaient remettre continuellement en question ce qui a été jugé, aucun litige ne pourrait jamais être définitivement tranché. Il appartient au plaideur insatisfait d'une décision de justice rendue à son détriment, d'exercer les voies de recours qui lui sont ouvertes par la loi, le plus souvent l'appel ou le pourvoi en cassation, selon que la décision a été, ou non, rendue en dernier ressort. Mais, dès lors que le plaideur a épuisé ces voies de recours ou bien qu'il a laissé s'écouler le délai pour les exercer sans réagir, il doit s'incliner devant la décision ayant acquis irrévocablement l'autorité de la chose jugée.

Cependant l'autorité de la chose jugée ne peut être opposée à un plaideur que relativement au litige même, que la juridiction a définitivement tranché. L'article 1355 du Code civil définit ce litige, de manière à délimiter l'étendue de l'autorité de la chose jugée attachée à une décision de justice en matière civile. Il subordonne en effet l'autorité de la chose jugée à une triple identité de parties, de « chose » et de cause : la réunion de ces trois éléments constitue « *l'objet du jugement* », c'est-à-dire le litige que le juge a tranché. Le principe ainsi posé est connu sous la dénomination de principe de la relativité de l'autorité de la chose jugée en matière civile.

L'on pourrait s'étonner, de prime abord, que l'article 1355 soit inséré dans le Code civil et non dans le Code de procédure civile, qui plus est dans le titre IV bis du livre III du Code civil consacré à la preuve des obligations<sup>3</sup>. Mais la place du texte s'explique par le fondement attribué, à tort ou à raison, par les rédacteurs du Code civil à l'autorité de la chose jugée. Comme les jurisconsultes romains l'enseignaient déjà, en effet, *res judicata pro veritate accipitur*<sup>4</sup> – « la chose jugée est reçue pour vérité ». De cette justification romaine de l'autorité de la chose jugée, Domat<sup>5</sup> puis Pothier<sup>6</sup> ont déduit que celle-ci avait le caractère d'une présomption légale<sup>7</sup>. Les rédacteurs du Code civil ont repris cette analyse.

L'autorité de la chose jugée repose sur une présomption légale irréfragable de vérité : la conformité présumée du jugement à la vérité expliquerait que le plaideur ne puisse le remettre en question, si ce n'est pas l'exercice des voies de recours ouvertes par la loi. Or la présomption légale dispense celui qui en bénéficie de la charge de la preuve d'un acte ou d'un fait, comme l'expose aujourd'hui l'article 1354 du Code civil. L'autorité de la chose jugée étant considérée par le législateur comme une présomption légale, ses conditions se trouvent logiquement énoncées à l'article 1355, lequel suit l'article 1354 définissant la présomption légale en général. La doctrine majoritaire critique néanmoins ce fondement assigné par le Code civil à l'autorité de la chose jugée. En effet, le juge pouvant tout à fait se tromper, la présomption de vérité attachée au jugement repose sur une fiction et dissimule en

<sup>1</sup> Ancien article 1351 du Code civil, renuméroté 1355 avec l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

<sup>2</sup> Cf. *infra* : 3ème partie « Le dénouement du procès », titre I « Le jugement », chap. IV « Effets du jugement », section 2 « Autorité de la chose jugée », § 3 « Étendue de l'autorité de la chose jugée ».

<sup>3</sup> Antérieurement à l'ordonnance du 10 février 2016, l'article 1351 figurait dans un paragraphe consacré aux présomptions légales, à l'intérieur du chap. VI « De la preuve des obligations et de celle du paiement » du titre III « Des contrats et obligations conventionnelles en général » du livre III du Code civil. On sait en effet que les rédacteurs du Code civil avaient traité du régime général et de la preuve des obligations, quelle qu'en soit la source, à l'intérieur du titre consacré aux contrats, pénétrés qu'ils étaient de l'idée que le contrat était la source primordiale d'obligations et que les autres sources n'étaient que résiduelles.

<sup>4</sup> *Digeste*, éd. Th. Mommsen et P. Krüger, L, 17, *De diversis regulis iuris antiqui*, 207 (Ulpian). H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, 4ème éd., Litec, 1999, n° 396 ; On dit souvent aussi *res judicata pro veritate habetur* (par ex. V. Marcadet, *Explication théorique et pratique du Code civil*, 4ème éd., t. V, 1851, p. 367 ; Héron, Le Bars et Salhi, *op. cit.*, n° 351), ce qui signifie à peu près la même chose : « la chose jugée est tenue pour vérité ».

<sup>5</sup> J. Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, livre III, titre VI, section IV, V.

<sup>6</sup> R.-J. Pothier, *Traité des obligations*, réimpr. Dalloz, préf. J.-L. Halpérin, 2011, n° 850 et suiv., n° 886.

<sup>7</sup> S. Y. Cherif « L'autorité de la chose jugée, présomption légale de vérité », [Clio@Themis](https://doi.org/10.1017/S175224992000019) (*Revue électronique d'histoire du droit*), 19, 2020.

réalité une règle de fond<sup>1</sup>. Aussi cette doctrine préfère-t-elle justifier l'autorité de la chose jugée par l'intérêt d'une bonne administration de la justice, lequel s'oppose à ce qu'on puisse indéfiniment contester ce qui a déjà été jugé définitivement<sup>2</sup>.

L'identité de parties, exigée par l'article 1355 du Code civil, pour que l'autorité de la chose jugée puisse être opposée à une nouvelle demande formée par l'une d'elles, illustre le principe de la relativité de cette autorité. Mais elle se rapporte aux parties, plutôt que d'être inhérente au litige lui-même. Quant à l'identité de « chose » jugée, elle se traduit, en réalité, par une identité d'objet. En effet, on le verra, « la chose demandée » n'est pas une chose matérielle, comme on pourrait le penser de prime abord, mais le droit que le demandeur invoque et que le défendeur lui conteste<sup>3</sup>. Pour prévenir toute équivoque, mieux vaut donc parler d'objet du litige que de « chose ».

La rédaction de l'article 1355 ne facilite, il est vrai, pas son explication. En effet, le texte débute, nous l'avons vu, par la formule « L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement... » Mais, reprise de Pothier<sup>4</sup>, l'expression « objet du jugement » désigne, dans l'esprit de cet auteur<sup>5</sup> comme dans celui des rédacteurs du Code civil, le litige, la contestation que le jugement a tranché, qu'il avait « pour objet » de trancher. Or, à suivre Pothier comme l'article 1355, le litige, que l'autorité de la chose jugée interdit de soumettre à nouveau à l'examen du juge lorsqu'il a été définitivement tranché, se définit par deux éléments : d'une part, la « chose demandée », c'est-à-dire l'objet de la demande, à savoir le droit invoqué ; d'autre part, la « cause », fondement de la demande. En toute rigueur, c'est donc le litige qui a, en réalité, un objet, celui de la demande en justice contentieuse, et non le jugement qui tranche ce litige. Aussi bien, inspirateur direct de l'article 1351 devenu 1355, Pothier, immédiatement après avoir parlé de « l'objet du jugement », s'attachait-il effectivement à « l'objet de la demande », pour circonscrire l'étendue de l'autorité de la chose jugée<sup>6</sup>. La doctrine postérieure au Code civil a donc repris sa manière de s'exprimer, en identifiant la « chose demandée », dont l'article 1355 parle, à l'objet de la demande contentieuse et, partant, du litige<sup>7</sup>.

A l'identité d'objet doit cependant, selon l'article 1355, s'ajouter une identité de cause. En effet, l'identité d'objet et de cause sont deux conditions cumulativement exigées pour que l'autorité de la chose jugée puisse être efficacement opposée à l'auteur de la nouvelle demande. Les deux éléments structurant tout litige et délimitant, par là-même, l'étendue de l'autorité de la chose jugée attachée à la décision ayant définitivement tranché ce litige, sont donc bien l'objet, d'une part, la cause, d'autre part.

## 1. L'objet du litige

On expliquera le contenu de la notion, avant d'évoquer brièvement son régime.

### a. Définition de l'objet du litige

Énonçant les conditions de l'autorité de la chose jugée en matière civile, l'article 1355 du Code civil – ancien article 1351 du Code civil – emploie l'expression de « chose demandée », pour désigner l'objet du litige. Cette chose demandée ne constitue en effet rien d'autre que la matière du litige<sup>8</sup>. L'objet de la prétention est, à cet égard, variable ; il peut être patrimonial ou extra-patrimonial : dommages et intérêts en réparation d'un préjudice, revendication d'une chose mobilière ou immobilière, action en recherche de maternité ou de paternité...

Il convient donc de prendre garde à ne pas entendre la chose demandée dans le sens d'un bien matériel ou d'une chose corporelle. L'objet du litige consiste en effet dans le droit prétendu et

<sup>1</sup> J. Carbonnier, *Droit civil*, PUF, coll. Quadrige, 2004, t. I, n° 192 ; Chainais, Ferrand, Mayer et Guinchard, *op. cit.*, n° 1194-1995 ; Strickler et Varnek, *op. cit.*, n° 467 ; G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations (Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil)*, 2ème éd., Dalloz, 2018, n° 1115.

<sup>2</sup> *Digeste*, XLIV, 2, *De exceptione rei judicatae*, 6 (Paul) ; Carbonnier, *op. cit.*, t. I, *loc. cit.* ; Cornu et Foyer, *op. cit.*, n° 139, p. 590 ; Perrot, *op. cit.*, t. II, p. 652 ; Chainais, Ferrand, Mayer et Guinchard, *op. cit.*, n° 1197 ; Strickler et Varnek, *op. cit.*, *loc. cit.* ; Chantepie et Latina, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>3</sup> Cf. *infra* : 1. « L'objet du litige ».

<sup>4</sup> Pothier, *op. cit.*, n° 889.

<sup>5</sup> *Ibid.*, n° 889 et suiv.

<sup>6</sup> Pothier, *op. cit.*, n° 889.

<sup>7</sup> C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français*, t. XII, 6ème éd., par P. Esmein, Librairies techniques, 1958, § 369 ; C. Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. XXX, 1882, n° 299 et suiv. ; Chainais, Ferrand, Mayer et Guinchard, *op. cit.*, n° 1203 ; Cornu et Foyer, *op. cit.*, n° 119 et n° 123 ; Héron, le Bars et Salhi, *op. cit.*, n° 353 et suiv. ; Strickler et Varnek, *op. cit.*, n° 471.

<sup>8</sup> Cornu et Foyer, *op. cit.*, n° 119.



contesté<sup>1</sup>. Il représente la fin poursuivie<sup>2</sup> et à laquelle l'action en justice est ordonnée.

Ex. l'action confessoire de servitude n'a pas pour objet le fonds servant, mais le droit de servitude dont ce fonds est grevé au profit d'un fonds dominant, et que le propriétaire du fonds servant conteste. Elle tend à faire reconnaître ce droit en justice.

Ex. l'action en recherche de paternité (article 327 du Code civil) a pour objet la déclaration judiciaire de la filiation paternelle du demandeur, que le défendeur conteste en soutenant qu'il n'est pas le père de l'enfant, et non une chose matérielle, dont on ne voit pas à quoi elle correspondrait, puisque l'action est extra-patrimoniale. Elle a pour but l'établissement de la filiation paternelle en justice.

#### b. Régime de l'objet du litige

Selon l'article 4, alinéa 1er, du Code de procédure civile, l'objet du litige est déterminé par les prétentions respective des parties. Mais une fois le litige noué par une demande en justice, cet objet ne peut être modifié arbitrairement, ni par les parties, ni par le juge<sup>3</sup>.

Les parties sont soumises à la règle de l'immutabilité du litige, imposée par l'article 4, alinéa 2. Si elles peuvent en faire évoluer l'objet par des demandes incidentes, c'est à la condition que celles-ci se rattachent aux prétentions originaires par un lien suffisant, précise le même texte.

Pour sa part, « *le juge doit se prononcer sur tout ce qui lui est demandé et seulement ce qui lui est demandé* », ajoute l'article 5 du Code de procédure civile. Le juge est donc également prisonnier de l'objet du litige : il ne doit statuer ni *infra petita* ni *ultra petita*.

### 2. La cause du litige<sup>4</sup>

Elle est indispensable à un litige, car il n'est pas logique de réclamer une chose sans raison, c'est-à-dire sans cause. Pourtant le Code de procédure civile ne consacre aucune disposition à cette notion. Seul l'article 1355 du Code civil – ancien article 1351 – fait allusion à la notion processualiste de cause, en énonçant que l'autorité de la chose jugée est subordonnée à une triple identité de parties, d'objet et de cause entre la demande déjà jugée et celle formée à l'occasion d'une nouvelle instance. Mais les rédacteurs du Code civil de 1804, pas plus à l'ancien article 1351, devenu l'article 1355, qu'aux anciens articles 1131 et suivants, n'avaient daigné définir la cause. C'est donc à la doctrine et à la jurisprudence qu'il est revenu d'en proposer une définition.

Des controverses en résultent, qui ne sont pas sans rappeler celles qui ont opposé les auteurs en droit des obligations, à propos de la cause comme condition de formation du contrat, que l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations a rayée du titre III actuel du livre III du Code civil<sup>5</sup>. En effet, en procédure civile aussi, la cause est une notion relative, qui s'est définie d'une manière différente selon le rôle qu'on a entendu lui faire jouer.

D'une manière générale, la notion de cause en droit français doit sa fortune aux glossateurs qui, au Moyen-Age, ont adapté la théorie des quatre causes d'Aristote<sup>6</sup> au droit. Aristote expose en effet que la cause s'entend en quatre sens différents, parmi lesquels les glossateurs en ont exploité plus

<sup>1</sup> *Ibid.* Cf. *Digeste*, XLIV, 2, *De exceptione rei iudicatae*, 12 (Paul) et 13 (Ulpian). Ou l'avantage prétendu et contesté, dans les hypothèses, exceptionnelles dans le contentieux privé, où l'action en justice ne sanctionne pas un droit subjectif, ainsi l'action en nullité d'un mariage prévue par l'article 184 du Code civil (H. Motulsky « Le droit subjectif et l'action en justice », *APD* 1964, 215 et suiv., I, B, reproduit in : H. Motulsky, *Écrits et notes de procédure civile*, préf. G. Bolard, Dalloz, 2009, 85 et suiv.).

<sup>2</sup> Cornu et Foyer, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>3</sup> Cf. *infra* : 2ème partie « L'instance », titre I « Cadre juridique de l'instance », chap. II « Principes directeurs du procès », section 2 « Principe dispositif ».

<sup>4</sup> Cf. not. J.-P. Gilli, *La cause juridique de la demande en justice. Essai de définition*, thèse LGDJ, 1962 ; H. Motulsky « La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge », *D.* 1964, *Chr.* 235, reproduit in : H. Motulsky, *Écrits et notes de procédure civile*, 101 et suiv. ; R. Martin « A la recherche de la cause en procédure civile », *D.* 1988, *chr.* 312.

<sup>5</sup> Cf. l'article 1128 nouveau du Code civil (rédaction issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations), où la cause ne figure plus au nombre des conditions essentielles à la validité d'une convention. En revanche, l'article 1355 du Code civil issu de cette ordonnance a repris, tel quel, l'ancien article 1351 du Code civil, malgré les critiques justifiées que Vizios et Motulsky avaient adressées, à l'utilisation de la notion de cause dans la détermination de l'étendue de l'autorité de la chose jugée (G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations (Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil)*, 2ème éd., Dalloz, 2018, n° 1114). Cf. *infra*.

<sup>6</sup> Aristote, *Physique*, texte grec et trad. H. Carteron, *Les belles lettres*, II, 194 b, 23 et suiv. ; *Métaphysique*, livre A, 983 a, 25-30, texte bilingue remacle.org ; trad. M.-P. Duminil et A. Jaulin, Garnier Flammarion.

particulièrement deux dans la science juridique : la cause efficiente, principe du mouvement, qui produit le changement de ce qui est changé, d'une part ; la cause finale, la fin en vue de laquelle quelque chose existe, d'autre part.

En simplifiant grossièrement, on peut distinguer trois acceptions essentielles de la notion de cause en procédure civile<sup>1</sup>, évoquant, selon les cas, soit la cause efficiente, soit la cause finale aristotéliennes.

a. La cause, fondement juridique de la demande

Pour certains, la cause serait la règle de droit servant de fondement juridique à la demande. Par exemple, la victime d'un dommage qui en sollicite la réparation, doit se fonder sur une règle de droit, les articles 1240 et suiv. du Code civil – anciens articles 1382 et suiv. – ou l'article 1231-1 du Code civil – ancien article 1147 – selon que la responsabilité recherchée est délictuelle ou contractuelle. La cause ainsi entendue est une cause efficiente : la règle de droit explique la demande, en est à l'origine ; elle en est la cause juridique.

Dans une certaine mesure, cette définition de la cause peut se recommander des termes mêmes de l'article 1355 du Code civil. En effet, ce texte exige, pour que l'autorité de la chose jugée puisse être efficacement opposée à une nouvelle demande, que celle-ci « *soit fondée sur la même cause* ». Les rédacteurs du Code civil de 1804 semblent donc avoir identifié la cause de la demande au fondement de celle-ci, sans il est vrai qu'on sache s'ils ont ainsi songé au fondement juridique ou au fondement factuel de cette demande<sup>2</sup>.

La jurisprudence a longtemps retenu cette acception de la cause pour déterminer l'étendue de l'autorité de la chose jugée en matière civile. Afin de déterminer si les conditions de l'autorité de la chose jugée sont réunies, l'article 1355 préconise effectivement une confrontation entre l'objet et la cause de la demande déjà jugée et ceux de la demande nouvellement formée, sans pour autant définir ces notions. Selon la Cour de cassation, l'autorité de la chose jugée attachée à une décision déjà rendue sans avoir été frappée efficacement d'un recours, rendait irrecevable une demande au fondement juridique identique à celui d'une demande précédemment écartée par un juge, dans un litige opposant déjà les mêmes parties. La cause était donc identifiée au fondement juridique de la demande.

Toutefois Vizioz et Motulsky, notamment<sup>3</sup>, ont sévèrement critiqué le recours aux notions d'objet et surtout de cause pour circonscrire l'étendue de l'autorité de la chose jugée<sup>4</sup>. Comme le souligne notamment Motulsky<sup>5</sup>, ni l'objet de la première demande, ni *a fortiori* sa cause n'ont d'intérêt en soi, pour déterminer si la nouvelle demande est irrecevable, parce qu'elle se heurterait à l'autorité de la chose jugée attachée à une décision déjà rendue. Cette irrecevabilité se déduit, en effet, d'une comparaison entre l'étendue de cette décision et le contenu de la nouvelle demande, et non d'une comparaison entre l'objet et la cause respectifs des demandes successives<sup>6</sup>. Quant à l'étendue du jugement, la contestation portée devant le juge et la solution qu'il en a donnée, servent à la délimiter<sup>7</sup>. Ces deux notions sont donc, aux yeux de Motulsky, les critères véritables de l'autorité de la chose jugée<sup>8</sup>. L'article 480 du Code de procédure civile, qui trahit l'influence de Motulsky, délimite l'autorité de la chose jugée au moyen de ces deux notions, sans évoquer celles d'objet et de cause.

En parlant successivement de « *la chose jugée* », puis de « *la chose demandée* », l'article 1355 du Code civil pourrait sembler, de prime abord, vouloir dire que, pour qu'il y ait autorité de la chose jugée, l'objet de la nouvelle demande doit être identique à ce qui a été déjà jugé, et non que les deux demandes successivement introduites doivent avoir le même objet. Cependant, en ajoutant que la demande doit aussi « *être fondée sur la même cause* », le texte suggère une comparaison

<sup>1</sup> Cf. Cornu et Foyer, *op. cit.*, n° 120 : ces auteurs distinguent la cause, fondement juridique de la demande et à la cause, fondement factuel de la demande. Ils n'évoquent pas la cause comme but de la demande, car ce troisième sens de la cause en procédure civile est apparu postérieurement à l'édition de leur ouvrage, avec l'arrêt *Cesareo*, du 7 juillet 2006, cité *infra*.

<sup>2</sup> Cf. *infra* : c. « La cause, fondement factuel de la demande ».

<sup>3</sup> Cf. ég. M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, 2ème éd., t. VII, par G. Gabolde, LGDJ, 1954, n° 1559 et suiv.

<sup>4</sup> H. Vizioz, *Etudes de procédure*, 1956, réimpr. Dalloz, 2011, préf. S. Guinchard, n° 56 et suiv. ; H. Motulsky « Pour une délimitation plus précise de l'autorité de la chose jugée en matière civile », *D.* 1968, *Chr.* 1, reproduit in : H. Motulsky, *Écrits – études et notes de procédure civile*, 201 et suiv. ; dans le même sens : E. Martin-Hocquenghem, note ss. Douai 20 janvier 1992, *D.* 1992, *J.* 524.

<sup>5</sup> *Ibid.*, n° 2-3, n° 5 et suiv.

<sup>6</sup> *Ibid.*

<sup>7</sup> Vizioz, *op. cit.*, *loc. cit.* : l'autorité de la chose jugée ne s'attache qu'aux questions litigieuses soumises au juge et tranchées par lui ; Motulsky, *op. cit.*, n° 36 et suiv.

<sup>8</sup> Motulsky, *op. cit.*, *loc. cit.*

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Panthéon-Assas  
Licence droit 3ème année Melun 2023-2024

entre les fondements juridiques des deux demandes formées. Aussi, comme le faisait Pothier<sup>1</sup>, dont les rédacteurs du Code civil se sont inspirés avec l'article 1351 devenu l'article 1355, en est-on venu à comparer les deux demandes dans leur objet et dans leur cause, au lieu de confronter l'étendue de la décision et le contenu de la nouvelle demande ainsi que Motulsky l'a préconisé.

Si ce n'est durant un bref intermède<sup>2</sup>, l'analyse de Motulsky n'a pourtant pas triomphé en jurisprudence, en dépit de sa pertinence. En effet la Cour de cassation évite d'utiliser l'article 480 du Code de procédure civile pour circonscrire l'étendue de l'autorité de la chose jugée en matière civile, en s'en tenant à l'article 1355 du Code civil.

b. La cause, but de la demande

Par le funeste arrêt *Cesareo*, la Cour de cassation a toutefois fini par opérer un revirement, en modifiant son interprétation de l'article 1351, devenu l'article 1355 du Code civil<sup>3</sup>. Elle a, en effet, redéfini la cause, au sens de ce texte, comme la fin de la demande, à savoir la sanction du droit prétendu et contesté. Désormais, en effet, pour la Cour de cassation, du moment que le droit invoqué à l'appui d'une nouvelle demande est le même que celui dont le plaideur s'était déjà prévalu lors d'une précédente demande définitivement rejetée par le juge, cette nouvelle demande est irrecevable pour se heurter à l'autorité de la chose jugée, le fondement juridique sur lequel elle repose serait-il différent de celui de la précédente demande.

Ne serait-ce que d'un point de vue exégétique et sans s'étendre, en l'état, sur ses conséquences pratiques délébiles, cette interprétation de l'article 1355 encourt les plus vives critiques. Elle revient en effet, en pratique, à confondre la cause de la demande avec son objet<sup>4</sup>, alors que le texte distingue l'objet de la demande, la « chose demandée » pour reprendre l'expression y figurant, et la cause servant de fondement à cette demande.

Mais surtout la jurisprudence *Cesareo* est gravement attentatoire aux droits de la défense<sup>5</sup>. En effet, l'article 480 du Code de procédure civile ne confère autorité de la chose jugée au jugement que quant à la contestation qu'il tranche dans son dispositif. Or la jurisprudence *Cesareo* impose, en pratique, au demandeur de concentrer ses moyens dès la première instance : s'il omet d'invoquer un fondement juridique à l'appui de sa première demande, il sera irrecevable à l'invoquer ultérieurement dans une nouvelle instance, en raison de l'autorité de la chose jugée acquise par la décision ayant écarté la première demande. Cependant cela revient ni plus ni moins qu'à étendre, au mépris des termes de l'article 480, l'autorité de la chose jugée à une contestation que, précisément, le juge, lors de la première instance n'avait pu trancher, puisqu'il n'en avait pas été saisi ! Ainsi le plaideur se retrouve-t-il privé de la possibilité de soumettre au juge son argumentation, alors que l'article 14 du Code de procédure civile, relatif au principe de contradiction, connu également sous l'expression de droits de la défense, énonce que « *Nulle partie ne peut être jugée sans avoir été entendue ou appelée* »<sup>6</sup>.

c. La cause, fondement factuel de la demande

Selon Motulsky<sup>7</sup>, notamment, la cause ne se compose que des circonstances de fait invoquées pour établir le droit subjectif, que la prétention traduit juridiquement. Par exemple, celui qui sollicite la résolution judiciaire d'un contrat synallagmatique fonde sa prétention sur le fait que l'autre contractant a manqué à ses obligations. La cause de la demande se ramènerait ainsi aux « *éléments générateurs* » du droit, selon l'expression de Motulsky, et consisterait exclusivement en un complexe de faits. Ainsi la cause serait-elle le fondement factuel de la demande<sup>8</sup> ; elle se composerait des faits

<sup>1</sup> Pothier, *Traité des obligations*, n° 889 et suiv.

<sup>2</sup> Ass. plén. 3 juin 1994, n° 92-12157, *B. Ass. plén.*, n° 4 ; *D.* 1994, *J.* 395, concl. M. Jéol ; *JCP* 1994, II, 22309, note X. Lagarde ; *RTD civ.* 1995, 177, obs. J. Normand et 367, obs. J. Mestre ; *RGDP* 1998, 317, obs. G. Wiederkehr.

<sup>3</sup> Ass. plén. 7 juillet 2006, *Cesareo*, n° 04-10672, *B.* n° 8 ; *BICC* 15 octobre 2006, rap. C. Charrault, avis av. gén. A. Benmakhlof ; *D.* 2006, *J.* 2135, note L. Weiller ; *JCP* 2007, II, 10070, note G. Wiederkehr ; *Dr. et proc.* 2006/5, 348, obs. N. Fricero ; *Procédures* oct. 2006, *Repère* 1, par H. Croze et n° 201, obs. R. Perrot ; *RTD civ.* 2006, 825, obs. R. Perrot. *Adde*, par ex. : *Civ.* 1, 9 janvier 2019, n° 18-11734, *Procédures* mars 2019, *comm.* 65, note Y. Strickler. *Cf. infra* : 3ème partie « Le dénouement du procès », titre I « Le jugement », chap. IV « Effets du jugement », section 2 « Autorité de la chose jugée », § 3 « Etendue de l'autorité de la chose jugée ».

<sup>4</sup> *Cf. supra* : 1. « L'objet du litige », a. « Définition de l'objet du litige ».

<sup>5</sup> *Cf. infra* : 3ème partie « Le dénouement du procès », titre I « Le jugement », chap. IV « Effets du jugement », section 2 « Autorité de la chose jugée », § 3 « Etendue de l'autorité de la chose jugée ».

<sup>6</sup> *Cf. infra* : 2ème partie « L'instance », titre I « Cadre juridique de l'instance », chap. II « Principes directeurs du procès », section 2 « Principe dispositif » et section 3 « Principe du contradictoire ».

<sup>7</sup> Motulsky « La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge », *op. cit.*, n° 4.

<sup>8</sup> Cornu et Foyer, *op. cit.*, *loc. cit.*

propres à fonder les prétentions des parties, pour reprendre les termes de l'article 6 du Code de procédure civile<sup>1</sup>.

Cette conception est privilégiée, lorsque la cause de la demande sert à délimiter les pouvoirs respectifs des parties et du juge dans le procès<sup>2</sup>. En application de l'article 12, alinéa 1er, du Code de procédure civile, le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables. En revanche, il ne peut, aux termes des articles 6 et 7 du même code, fonder sa décision sur des faits que les parties n'auraient pas allégués et qui, ainsi, seraient étrangers aux débats. Le juge doit donc se borner à apprécier juridiquement la cause de la demande, telle que les parties l'ont explicitée dans leurs prétentions respectives. Le moyen « *nécessairement dans la cause* », dont la Cour de cassation considère parfois que le juge pourrait le soulever d'office, sans y avoir été invité par les parties dans leurs conclusions respectives, ne peut dès lors être qu'un moyen de pur droit.

Pour certains auteurs<sup>3</sup> cette identification de la cause aux faits générateurs du droit prévaudrait désormais également lorsqu'il s'agit de déterminer le contenu de l'autorité de la chose jugée<sup>4</sup>. L'analyse doit être nuancée. Certes, depuis l'arrêt *Cesareo*<sup>5</sup>, la Cour de cassation dissocie la notion de cause, au sens de l'article 1355 du Code civil, du fondement juridique de la demande. Mais elle ne l'a pas pour autant, en la matière, identifiée aux faits générateurs de la demande. Que l'on voie en effet dans la cause le fondement juridique de la demande ou les faits générateurs du droit invoqué, la cause est alors la cause efficiente, c'est-à-dire la cause qui produit un effet, un changement, en déterminant le justiciable à ester en justice. Or, on l'a vu, dans l'arrêt *Cesareo*, la Cour de cassation a, en réalité, défini la cause de la demande au sens de l'ancien article 1351 du Code civil, devenu l'article 1355 du même code, comme la cause finale, le but de la demande, à savoir la sanction du droit prétendu et contesté.

En revanche, il est vrai que, dans la jurisprudence actuelle, l'identité de cause se déduit de l'identité des faits générateurs du litige, peu important la qualification que le plaideur leur a donnée successivement dans ses deux demandes. Sans se confondre avec les faits générateurs de la demande, la cause leur est donc liée.

Par exemple, si un plaideur sollicite la nullité d'un contrat au motif que celui-ci ne satisfait pas aux conditions de validité de l'article 1128 du Code civil, il doit invoquer, dès la première instance, tous les moyens de droit propres à fonder juridiquement cette nullité, sous peine, s'il en avait omis certains, de se voir opposer l'autorité de la chose jugée en les invoquant à l'appui d'une nouvelle demande, formée à la suite du rejet de la première. En effet, les faits à l'origine de ses demandes successives en nullité sont les mêmes lors des deux instances qu'il aura introduites, à savoir un contrat vicié, même si le fondement juridique attribué à la nullité diffère dans chacune de ces demandes.

Autre exemple : la victime d'un dommage dans la réalisation duquel une chose est intervenue, doit se prévaloir, dès la première instance de tous les moyens de droit propres à fonder la responsabilité civile du détenteur de cette chose. Si elle ne fonde sa demande en réparation que sur l'article 1242, alinéa 1er, du Code civil, en invoquant la qualité de gardien de la chose du défendeur et que le juge rejette définitivement cette demande, au motif que le défendeur n'avait pas l'usage, la direction et le contrôle de la chose, elle sera irrecevable à former ensuite une nouvelle demande en réparation fondée sur les articles 1240 et 1241 du Code civil, en soutenant que, le défendeur ne serait-il pas gardien, il doit du moins répondre du dommage causé en raison de la faute qu'il a commise. En effet, les faits générateurs des demandes successives sont identiques : un dommage à autrui, dans la réalisation duquel une chose détenue par quelqu'un, est intervenue.

## § 2 Solution du litige

Si le procès a normalement vocation à lui donner une solution juridictionnelle, le litige peut également donner lieu à un accord, un règlement amiable.

### A. Solution juridictionnelle du litige

Il existe, en réalité, deux modes juridictionnels de règlement des litiges.

Le pouvoir de trancher un litige appartient par nature aux juges étatiques, investis par l'Etat de la mission de dire le droit. L'appel à la juridiction étatique est donc le mode primordial de solution des litiges. Toutefois ce pouvoir peut aussi être confié à des arbitres, que des parties ont choisis comme juges privés.

<sup>1</sup> Article 6 du Code de procédure civile : « *A l'appui de leurs prétentions, les parties ont la charge d'alléguer les faits propres à les fonder.* » Certains (Cadiet et Jeuland, *op. cit.*, n° 501) disent « *les faits juridiquement qualifiés* ». Comp. Cornu et Foyer, *op. cit.*, n° 120.

<sup>2</sup> *Cf. infra* : 2ème partie « L'instance », titre I « Cadre juridique de l'instance », chap. II « Principes directeurs du procès », section 2 « Principe dispositif » et section 3 « Principe du contradictoire ».

<sup>3</sup> Cadiet et Jeuland, *op. cit.*, n° 502 ; Chainais et *alii*, *Procédure civile*, n° 1205 et suiv.

<sup>4</sup> *Cf. supra* : a. « La cause, fondement juridique de la demande ».

<sup>5</sup> Ass. plén. 7 juillet 2006, préc.

Réglementée par les articles 2059 à 2061 du Code civil et par les articles 1442 et suivants du Code de procédure civile, la justice arbitrale constitue un mode subsidiaire de résolution des litiges. En effet, d'une part, elle n'est pas autorisée dans toutes les matières, d'autre part, elle ne peut être rendue que sur accord préalable entre les deux parties pour y recourir. Mais elle n'en est pas moins aussi un mode juridictionnel de résolution des litiges, car les parties ont décidé de soumettre à un tiers leur litige et de le faire trancher par une décision.

### 1. Points communs entre l'arbitrage et la justice étatique

Les pouvoirs et les devoirs du juge et de l'arbitre sont comparables. Leurs décisions ont toutes deux autorité de la chose jugée.

#### a. Soumission aux principes directeurs du procès

Les principes directeurs du procès s'imposent de la même façon à l'arbitre et au juge<sup>1</sup>. L'arbitre comme le juge sont tenus de trancher le litige conformément aux règles de droit, à moins qu'ils n'aient reçu des parties le pouvoir de statuer en amiable compositeur<sup>2</sup>.

#### b. Autorité de la chose jugée attachée à la décision rendue

Comme le jugement, la sentence arbitrale est revêtue de l'autorité de la chose jugée<sup>3</sup>.

### 2. Différences entre l'arbitrage et la justice étatique

L'arbitrage n'est pas autorisé dans toutes les matières, selon l'article 2060 du Code civil. En outre, contrairement à la procédure devant un tribunal étatique, il suppose une convention pour y recourir. Enfin, la sentence arbitrale est dépourvue de la force exécutoire.

#### a. Nécessité d'une convention prévoyant le recours à l'arbitrage

L'arbitrage suppose que parties décident d'y recourir d'un commun accord.

Cet accord peut se matérialiser par une clause compromissoire, que l'article 1442, alinéa 2, du Code de procédure civile définit comme la clause par laquelle les parties à un contrat décident de recourir à l'arbitrage, si un litige venait à survenir relativement à ce contrat. La clause compromissoire n'est opposable qu'à la partie ayant contracté dans le cadre de son activité professionnelle, selon l'article 2061 du Code civil, en sa rédaction issue de l'article 11 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de « *modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle* » (sic)<sup>4</sup> :

*« La clause compromissoire doit avoir été acceptée par la partie à laquelle on l'oppose, à moins que celle-ci n'ait succédé aux droits et obligations de la partie qui l'a initialement acceptée.  
« Lorsque l'une des parties n'a pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle, la clause ne peut lui être opposée. »*

Sous peine d'être réputée non écrite<sup>5</sup>, elle doit, en outre, remplir des conditions de forme et de fond, imposées par les articles 1443 et suivants du Code de procédure civile : établissement par écrit dans le document principal ou dans un document auquel celui-ci réfère, désignation des arbitres ou indication de leurs modalités de désignation...

L'accord entre les parties peut aussi se matérialiser dans un compromis d'arbitrage. C'est la convention par laquelle les parties à un litige né soumettent celui-ci à un arbitrage, aux termes de l'article 1442, alinéa 3, du Code de procédure civile. Non seulement le litige existe déjà, mais il est même possible que les juridictions étatiques se soient prononcées<sup>6</sup>, comme dans la célèbre affaire

<sup>1</sup> Cf. *infra* : 2ème partie « L'instance », titre I « Cadre juridique de l'instance », chap. II « Principes directeurs du procès ».

<sup>2</sup> Articles 12, dernier alinéa et 1478 du Code de procédure civile. Toutefois l'article 12 précise que les parties ne peuvent conférer au juge le pouvoir de statuer en amiable compositeur que pour les droits dont elles ont la libre disposition et par un accord exprès une fois le litige né.

<sup>3</sup> Articles 480 et 1484, alinéa 1er, du Code de procédure civile.

<sup>4</sup> Antérieurement à cette réforme, l'article 2061 du Code civil n'admettait la validité de la clause compromissoire que dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle. Désormais, le consommateur aura donc le choix entre se prévaloir de la clause compromissoire insérée dans le contrat auquel il est partie ou bien se prévaloir de l'inopposabilité de cette clause.

<sup>5</sup> Article 1447, alinéa 2, du Code de procédure civile.

<sup>6</sup> Cf. article 1446 du Code de procédure civile.

*Tapie*, où le compromis a été conclu alors qu'un pourvoi en cassation était pendant. Sous peine d'être réputé non écrit, le compromis doit répondre, à peine de nullité, aux conditions des articles 1443 du Code de procédure civile, déjà rappelées. Toujours à peine de nullité, il doit en outre, déterminer l'objet du litige, aux termes de l'article 1445.

b. Absence de force exécutoire de la sentence arbitrale

Contrairement au juge étatique, l'arbitre ne détient pas une fraction de la puissance publique. La sentence arbitrale n'a donc pas force exécutoire : si l'arbitre a reçu des parties le pouvoir de trancher le litige (*jurisdictio*), il n'a pas reçu, et ne pouvait recevoir, celui de contraindre (*imperium*).

Pour conférer force exécutoire à la sentence arbitrale, dans l'hypothèse où son exécution se heurterait à la mauvaise volonté de la partie condamnée, il faut s'adresser à une juridiction étatique, comme le prévoit l'article 1487 du Code de procédure civile : le tribunal judiciaire (article R. 211-4, 10°, du Code de l'organisation judiciaire), statuant en l'occurrence à juge unique (article R. 212-8, 2°, du Code de l'organisation judiciaire).

Le tribunal judiciaire va, par une ordonnance, délivrer la formule exécutoire, qui fera de la sentence arbitrale un véritable jugement, au sens plein du terme. Cette formalité s'appelle l'*exequatur*.

Saisi aux fins d'exequatur d'une sentence arbitrale, le tribunal judiciaire a pour seule mission de vérifier si cette sentence a été rendue régulièrement – régularité formelle de la sentence, validité de la sentence et notamment conformité à l'ordre public<sup>1</sup>, validité de la convention d'arbitrage. Il ne rejuge pas l'affaire, sinon l'arbitrage ne servirait à rien.

L'ordonnance d'exequatur n'est en principe susceptible d'aucun recours, précise l'article 1499 du Code de procédure civile. En revanche, l'ordonnance refusant l'exequatur est susceptible d'appel, conformément à l'article 1500 du Code de procédure civile.

B. Solution amiable du litige<sup>2</sup>

Selon le fameux mot de Balzac, « *un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès* »<sup>3</sup>. De fait, en appeler au juge pour trancher une contestation conduit hélas, souvent, à de pénibles mécomptes. Cette déception fréquente du justiciable tient à différentes causes.

Tout d'abord, la prévisibilité des décisions de justice est faible, en raison, notamment, de la tendance trop répandue des juges du fond à pratiquer le sylogisme judiciaire régressif<sup>4</sup>. Bien qu'ils n'aient qu'une vue partielle du litige, fondée sur les pièces et les explications qu'on a bien voulu leur communiquer, les juges recherchent en effet volontiers, d'abord, la solution leur paraissant intuitivement la plus équitable, quitte à l'habiller, ensuite, avec plus ou moins de réussite, d'un raisonnement juridique échafaudé pour les besoins de la circonstance.

Un bon exemple de l'utilisation du syllogisme régressif par les magistrats peut être tiré de la célèbre affaire du *Poussin*. Dans cette affaire, on s'en souvient, les époux Saint-Arroman avaient mis en vente aux enchères un tableau, dont ils avaient été persuadés par un expert qu'il appartenait à l'École des Carraches. Or, après avoir préempté le tableau pour un prix modique, la Réunion des musées nationaux l'exhiba en le présentant comme un tableau, jusque-là inconnu, de Nicolas Poussin. Les vendeurs assignèrent alors la réunion des musées nationaux en nullité de la vente pour erreur sur les qualités substantielles de la chose vendue, en l'occurrence son attribution à Nicolas Poussin. Le tribunal de grande instance de Paris<sup>5</sup> ayant effectivement prononcé l'annulation de la vente sur le fondement de l'ancien article 1110, alinéa 1er, du Code civil, la Réunion des musées nationaux releva appel du jugement. Au soutien de son appel, elle fit valoir, pour la première fois, que l'attribution du tableau à Nicolas Poussin étant, selon elle, douteuse, les vendeurs ne prouvaient pas l'erreur dont ils prétendaient avoir été victime, puisque leur conviction, au moment de la vente, selon laquelle le tableau appartenait à l'École des Carrache n'était pas nécessairement erronée. Par un arrêt rendu le 2 février 1976<sup>6</sup>, la cour d'appel de Paris accueillit cette argumentation et débouta les vendeurs de leur demande en nullité, au motif que la preuve que le tableau était de la main de Nicolas Poussin n'avait pas été rapportée. Les époux Saint-Arroman formèrent

<sup>1</sup> Article 1488 du Code de procédure civile.

<sup>2</sup> F. Kernaleguen « La solution conventionnelle des litiges », in : *Le droit contemporain des contrats*, Economica, 1987, 65 et suiv. ; P. Ancel et M.-C. Rivier (dir.), *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, Economica, 2001. ; L. Cadet « Solution judiciaire et règlement amiable des litiges : de la contradiction à la conciliation », in : *Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XXe siècle. Mélanges en l'honneur de Claude Champaud*, Dalloz, 1997, 123 et suiv.

<sup>3</sup> H. de Balzac, *Illusions perdues*, éd. Gallimard, coll. Pléiade, p. 1054. Cf. H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, 3ème éd., Litec, 1992, n° 206.

<sup>4</sup> J. Carbonnier, *Droit civil*, t. I, n° 9, p. 24 et n° 13, p. 30.

<sup>5</sup> TGI Paris 13 décembre 1972, *D.* 1973, *J.* 410, note J. Ghestin et Ph. Malinvaud ; *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. II, n° 147.

<sup>6</sup> Paris 2 février 1976, *D.* 1976, *J.* 325, concl. J. Cabannes ; *Grands arrêts...*, t. II, n° 147.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Panthéon-Assas  
Licence droit 3ème année Melun 2023-2024

alors un pourvoi en cassation. Par un célèbre arrêt du 22 février 1978<sup>1</sup>, la première Chambre civile de la Cour de cassation cassa l'arrêt attaqué pour manque de base légale au regard de l'ancien article 1110 du Code civil, en reprochant aux juges du second degré d'avoir omis de rechercher, si « *au moment de la vente, le consentement des vendeurs n'avait pas été vicié par leur conviction erronée que le tableau ne pouvait pas être une œuvre de Nicolas Poussin* ». En d'autres termes, pour la Cour de cassation, la conviction des vendeurs que le tableau ne pouvait être de Poussin, alors qu'il l'était en réalité peut-être, pouvait suffire à caractériser l'erreur sur les qualités substantielles de la chose vendue qu'ils invoquaient.

Comme la suite de la procédure, du reste, le confirmera amplement<sup>2</sup>, la Cour de cassation tenait absolument à ce que les époux Saint-Arroman récupèrent leur tableau, parce que la Réunion des musées nationaux lui paraissait avoir agi de mauvaise foi lors de la vente<sup>3</sup>. Aussi, après avoir opté, en son for intérieur, pour la solution qui lui semblait la plus équitable, à savoir une nullité de la vente pour erreur sur la substance, la première Chambre civile entreprit-elle de justifier cette solution en droit, en composant *a posteriori* le syllogisme lui permettant de censurer l'arrêt attaqué : l'erreur sur la substance peut exister même lorsque la qualité substantielle de la chose est douteuse ; or les vendeurs ont pu, en l'espèce, ignorer au moment de la vente que le tableau était peut-être une œuvre de Nicolas Poussin ; si tel était le cas, les vendeurs ont été victime d'une erreur sur la substance, que la cour d'appel a eu le tort de ne pas rechercher, exposant ainsi son arrêt à une cassation pour manque de base légale.

En définitive, l'élargissement de la notion d'erreur sur la substance, à laquelle la Cour de cassation s'est livrée dans l'affaire du *Poussin*, n'avait d'autre but que de permettre l'annulation de la vente. Si la Cour de cassation s'en était tenue à une conception classique de l'erreur sur la substance, il lui aurait fallu rejeter le pourvoi formé contre l'arrêt de la cour d'appel de Paris. En estimant que la preuve que le tableau fût une œuvre de Nicolas Poussin n'était pas rapportée, les juges du second degré n'avaient, en effet, qu'usé de leur pouvoir souverain d'appréciation des faits. Pour censurer leur arrêt et permettre aux époux Saint-Arroman d'obtenir la nullité de la vente devant la cour de renvoi, la Cour de cassation a donc innové, en jugeant que le doute sur une qualité substantielle n'était pas exclusif d'une erreur, dès lors qu'une partie avait ignoré l'existence de ce doute.

Ensuite, les juges manifestent trop souvent une timidité excessive dans les sanctions infligées aux plaideurs qui ont succombé dans leurs prétentions. Le montant des frais irrépétibles susceptibles d'être accordés à la partie ayant triomphé dans sa cause, sont, la plupart du temps, fort en-deçà du montant des honoraires qu'elle aura dû verser à son conseil. Quant à la condamnation à des dommages-intérêts pour procédure ou résistance abusive, les juges du fond ne la prononcent que rarement, à l'encontre d'un plaideur à la mauvaise foi caractérisée, alors pourtant que la Cour de cassation a depuis longtemps posé le principe qu'une faute quelconque, dans l'exercice du droit d'agir ou se défendre en justice, était suffisante pour engager la responsabilité du plaideur<sup>4</sup>. Par ailleurs, la condamnation à une amende civile sur le fondement, notamment, de l'article 32-1, du Code de procédure civile, reste exceptionnelle.

Enfin, face à un adversaire de mauvaise foi organisant son insolvabilité, l'exécution des décisions de justice s'apparente à un nouveau parcours du combattant pour le plaideur, parfois mal secondé par des huissiers de justice qui, forts de leur monopole légal, se montrent plus empressés à exiger le paiement de leurs émoluments, qu'à agir avec diligence, compétence et efficacité. Certes, l'arrêt *Hornsby* de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>5</sup> a déclaré que l'exécution des décisions de justice faisait partie des principes protégés par l'article 6, § 1 de la convention européenne des droits de l'homme relatif au droit à un procès équitable. Mais, dans la pratique, ce droit fondamental à l'exécution du jugement est fréquemment malmené. Même dans les cas où il obtient gain de cause, le justiciable aura donc parfois l'impression que le résultat du procès est loin d'être à la hauteur des sacrifices qu'il a dû consentir pour y parvenir.

La conjugaison des inconvénients liés à une procédure civile contentieuse classique explique l'intérêt porté, tant par les justiciables et leurs conseils, que par le législateur, à la résolution amiable des litiges. Dans l'espoir de désengorger les juridictions étatiques, le législateur contemporain encourage la recherche, par les justiciables, de cette résolution amiable, au point, on le verra, de l'imposer indirectement, voire directement dans certaines procédures contentieuses<sup>6</sup>.

La solution amiable d'un litige implique soit des négociations directes entre les parties, éventuellement assistées de leurs conseils, soit le recours à ce qu'il est convenu d'appeler, dans le jargon moderne, des

<sup>1</sup> Civ. 1, 22 février 1978, *B. I*, n° 74 ; *Grands arrêts...*, t. II, n° 147, obs. F. Terré, Y. Lequette et F. Chénéde ; *RTD civ.* 1979, 127, obs. Y. Loussouarn.

<sup>2</sup> Civ. 1, 13 décembre 1983, *B. I*, n° 293 ; *Grands arrêts...*, t. II, n° 148, obs. F. Terré, Y. Lequette et F. Chénéde.

<sup>3</sup> Les époux Saint-Arroman n'avaient pu fonder leur demande en nullité sur le dol (ancien article 1116 du Code civil), car le dol doit émaner d'une partie au contrat, alors que la Réunion des musées nationaux s'étant substituée à l'acquéreur initial en préemptant le tableau, était un tiers à la vente.

<sup>4</sup> *Cf. infra* : 1ère partie « L'accès au juge », titre I « L'action en justice », chap. I « Généralités sur l'action en justice », section 2 « Caractères de l'action en justice », § 2 « Caractère libre de l'action en justice », B. « Limites à la liberté d'ester en justice », 1. « Limites en droit à la liberté d'ester en justice », b. « Responsabilité pour abus d'ester en justice ».

<sup>5</sup> CEDH 19 mars 1997, *Hornsby c/ Grèce*, § 40, *D.* 1998, *J.* 74, note N. Fricero ; *JCP* 1997, II, 22949, note Dubrip et Sudre *RTD civ.* 1997, 1009, obs. J.-P. Marguénaud et J. Raynard. Dans le même sens : CEDH 22 juillet 1999, *Im. Saffi c/ Italie*, § 63 et suiv., *D.* 2000, *somm.* 186, obs. N. Fricero ; *RTD civ.* 2001, 447, obs. J.-P. Marguénaud ; CEDH 21 avril 2005, *Lo Tufo c/ Italie*, req. n° 64663/01, § 51 et suiv. ; CEDH, 1<sup>re</sup> sect., 10 avr. 2014, n° 5238/10, *Terebus c/ Portugal*, *D.* 2015, 1339, obs. A. Leborgne.

<sup>6</sup> Strickler et Varnek *op. cit.*, n° 2 ; *cf. infra* : 2. « Les modes alternatifs de règlement des différends », c. « Incitation légale contemporaine à recourir au M.A.R.D. » et 1ère partie « L'accès au juge », titre I « L'action en justice », chap. I « Généralités sur l'action en justice », section 2 « Caractères de l'action en justice », § 2 « Caractère libre de l'action en justice » ; chap. II « Régime de l'action en justice », section 2 « Exercice de l'action en justice », § 2 « Mise en œuvre de l'action en justice », A. « Les demandes en justice », 1. « Variété de demandes en justice », a. « La demande initiale ».

modos alternatifs de règlement des conflits, rebaptisés récemment mode alternatifs de règlement des différends<sup>1</sup> (M.A.R.D.). Les parties ont décidé de recourir à une solution qui procède de leur volonté, ce qui confère à ce mode de règlement le caractère d'un règlement amiable. Mais, comme ce mode de règlement se présente comme une alternative au procès, on parle aussi de mode alternatif. Ces modes de règlement des différends sont donc distincts des procédures judiciaires classiques et ont vocation à les compléter.

Si les modes alternatifs de règlement des conflits empruntent plusieurs formes, la conclusion d'une transaction, contrat synallagmatique destiné à éteindre le litige entre les parties par les concessions réciproques qu'elles se consentent, peut en être l'aboutissement. On étudiera donc tout d'abord ce contrat, avant d'évoquer les différents M.A.R.D. susceptibles d'en faciliter la conclusion.

### 1. La transaction<sup>2</sup>

L'étude de la transaction se situe à l'intersection du droit civil et de la procédure civile. La transaction est en effet un contrat spécial nommé, connu depuis fort longtemps, et que le Code civil régit dans ses articles 2044 et suivants (livre III, titre XV)<sup>3</sup>. Cependant, aux termes de l'article 2044, alinéa 1er, du Code civil, « *La transaction est un contrat par lequel les parties (...) terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître.* » La transaction est donc destinée à prévenir ou à mettre fin à une contestation en justice. A ce titre, elle constitue un mode de règlement des différends, relevant de la procédure civile.

La transaction avait déjà la faveur des rédacteurs du Code civil, parce qu'elle prévient ou éteint un litige judiciaire par la volonté des parties. Un tel hommage rendu à la toute-puissance de la volonté ne pouvait en effet que les séduire. Il suffit de se reporter aux déclarations enthousiastes faites au cours des travaux préparatoires, à l'occasion de l'examen du titre XV du livre III du Code civil, pour s'en convaincre. La transaction était tenue pour le mode idéal de résolution des litiges<sup>4</sup>, si bien que le législateur lui avait conféré, dans l'ancien article 2052, alinéa 1er, du Code, une autorité identique à celle d'un jugement. Le législateur de 1804 étant imprégné de l'idée qu'un contrat ne pouvant être que l'œuvre de volontés raisonnables, la transaction était effectivement la meilleure manière de terminer un différend entre les parties<sup>5</sup>. L'éloge de la transaction participait de ce qu'on appellera plus tard le dogme de l'autonomie de la volonté.

Désireux d'encourager, d'une manière générale, la solution amiable des litiges, le législateur contemporain a prévu différentes dispositions visant à inciter, notamment, les justiciables un tant soit peu démunis à en conclure :

- d'une part, l'aide juridictionnelle peut être accordée en vue de parvenir, avant l'introduction de l'instance, à une transaction<sup>6</sup> ;
- d'autre part, pour toute affaire terminée par une transaction conclue avec le concours de l'avocat avant ou pendant d'instance, il est alloué à l'auxiliaire de justice une rétribution égale à celle due par l'état lorsque l'instance s'éteint par l'effet d'un jugement<sup>7</sup>.

La transaction est néanmoins une institution paradoxale : destinée à mettre fin à un litige, elle a elle-même donné lieu à un contentieux nourri, en raison du caractère souvent sibyllin des dispositions que le

<sup>1</sup> L'utilisation du terme de « différends » au lieu de celui de « litiges » change évidemment tout...

<sup>2</sup> A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 13ème éd., Lextenso Éditions, coll. précis Domat, 2019, n° 991 et suiv. ; J. Raynard et J.-B. Seube, *Droit des contrats spéciaux*, 10ème éd., LexisNexis, 2019, n° 596 et suiv. ; Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Droit des contrats spéciaux*, 10ème éd., Lextenso, 2018, n° 1101 et suiv. ; F. Collart Dutilleul et Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, 11ème éd., Dalloz, 2019, n° 583 (développements succincts) ; Croze, *Procédure civile*, n° 124 et suiv. ; Douchy-Oudot, *Procédure civile*, n° 71 et suiv. ; L. Boyer, *La notion de transaction : contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*, th. Toulouse, Sirey, 1947 ; J. De Gavre, R. Marcq et M. Gevers, *Le contrat de transaction en droit civil et en droit judiciaire privé*, Bruxelles : Bruylant, 1947 ; F. Boulan, *La transaction en droit privé positif*, th. dact., Aix, 1971 ; E. Serverin, P. Lascoumes et T. Lambert, *Transactions et pratiques transactionnelles*, Economica, 1987.

<sup>3</sup> L. Boyer, *La notion de transaction*, thèse Toulouse, Sirey, 1947 ; R. Merle, *Essai de contribution à la théorie générale de l'acte déclaratif*, thèse Toulouse, Rousseau 1948 ; F. Boulan, *La transaction en droit privé positif*, thèse Aix-Marseille, 1971 ; L. Mayer « La transaction, un contrat spécial ? », *RTD civ.* 2014, 523 et suiv. Sur la transaction en droit administratif, cf. B. Plessix « L'article L. 423-1 du Code des relations entre le public et l'administration et le droit administratif », *RDA* n° 20, octobre 2020, p. 224-231.

<sup>4</sup> P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XV, Videcoq, 1836, p. 103 et suiv. (présentation au Corps législatif du titre XV par Bigot de Préameneu) et p. 113 et suiv. (rapport du tribun Albiçon).

<sup>5</sup> Carbonnier, *Droit civil*, t. I, n° 89, p. 160.

<sup>6</sup> Article 10, alinéa 2, de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique.

<sup>7</sup> Article 39 de la loi du 10 juillet 1991.



Code civil lui a consacrées. Ce contentieux a obligé la doctrine et la jurisprudence à prendre parti sur de nombreuses questions délicates qu'elle soulève<sup>1</sup>.

L'article 10 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, dite « de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle » (*sic*)<sup>2</sup> a complété, modifié ou supprimé quelques dispositions du titre XV du livre III du Code civil<sup>3</sup>. Le législateur est notamment parti du postulat que la transaction obéit, pour l'essentiel, au droit commun des contrats. Par cette réforme, il s'est donc proposé d'éliminer des articles du titre XV qui, par leur rédaction, laissaient supposer, à tort selon lui, que les conditions de formation et les effets de la transaction obéissaient à des règles particulières, dérogeant à ce droit commun<sup>4</sup>.

On traitera successivement des éléments constitutifs de la transaction, de sa conclusion et de ses effets.

#### a. Éléments constitutifs de la transaction

Aux termes de l'article 2044, alinéa 1er, du Code de procédure civile, dans sa rédaction issue de l'article 10 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 :

*« La transaction est un contrat par lequel les parties, par des concessions réciproques, terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître. »*

En sa rédaction originaires, remontant à 1804, l'article 2044, alinéa 1er, du Code civil<sup>5</sup> ne faisait apparaître que deux éléments constitutifs de la transaction : une situation litigieuse et une convention portant règlement de cette situation. Mais la jurisprudence a déduit de l'esprit de ce contrat un troisième élément indispensable : l'existence de concessions réciproques, à la charge de chacune des parties<sup>6</sup>. La loi du 18 novembre 2016 a codifié cette jurisprudence<sup>7</sup>. Ne constitue donc pas une transaction, l'acte par lequel une partie abandonne unilatéralement ses prétentions, sans concessions émanant de l'autre partie. Peu importe, en revanche, l'importance relative des concessions réciproques<sup>8</sup>, car la transaction n'est pas rescindable pour lésion<sup>9</sup>.

Cette exigence de concessions réciproques à la charge des parties s'explique, à notre avis, par le caractère aléatoire du contrat de transaction<sup>10</sup>. En effet, la transaction a pour cause un aléa, résidant

<sup>1</sup> R. Beudant et P. Lerebours-Pigeonnière, *Cours de droit civil de Charles Beudant*, 2<sup>e</sup> éd., t. XII, par R. Rodière et A. Percerou, Rousseau, 1947, n° 340.

<sup>2</sup> Ça ne s'invente pas, comme titre pour une loi : bonjour la mégalomanie...

<sup>3</sup> Th. Clay « L'arbitrage, les modes alternatifs de règlement des différends et la transaction dans la loi « Justice du XXI<sup>e</sup> siècle ». - Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 », *JCP* 2016, doctr. 1295 ; M. Le Bescond de Coatpont « Le nouveau visage de la transaction en droit civil », *AJ contrats* 2018, p. 152. Le projet de loi avait donné lieu à des discussions doctrinales nourries : Th. Clay « La simplification de la transaction et de l'arbitrage dans le code civil », *JCP* 2014, 492 ; W. Dross et B. Mallet-Bricout (dir.), *La transaction, Propositions en vue de la réforme du titre XV, livre troisième du code civil*, Doc. fr., 2014 ; comp. L. Cadiet « De mots en maux ? La réforme J21 suit son cours (qui s'amenuise) », *Procédures* 2015, Repère 11. L'article 10 de la loi du 16 novembre 2016 n'étant assorti d'aucune disposition transitoire, les transactions conclues avant l'entrée en vigueur de la loi demeurent gouvernées par les dispositions du Code civil de 1804, conformément aux principes de la non-rétroactivité de la loi nouvelle, laquelle ne saurait revenir sur les conditions de formation d'une situation juridique en cours ((Roubier, *Le droit transitoire...*, n° 40 et suiv. ; Civ. 1, 29 avril 1960, *B. I*, n° 218 ; *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. I, n° 7, obs. F. Terré et Y. Lequette ; *D.* 1960, *J.* 429, note G. Holleaux ; Civ. 3, 7 novembre 1968, *B. III*, n° 444 ; *JCP* 1969, II, 15771, note P. L. ; Com. 11 octobre 1988, *B. IV*, n° 274), d'une part, et de la survie de la loi ancienne en matière contractuelle (Roubier, *op. cit.*, n° 75 et suiv. ; Civ. 1, 27 mai 1861, *S.* 61, 1, 507 ; Civ. 1, 29 avril 1960, préc. ; Com. 15 juin 1962, *B. III*, n° 313 ; *Grands arrêts...*, t. I, n° 8, obs. F. Terré et Y. Lequette), d'autre part.

<sup>4</sup> Déclaration de Mme Christiane Taubira, garde des Sceaux, au Sénat le 4 novembre 2015 (*J.O. débats Sénat* 5 novembre 2015, p. 10352) : « Nous ne proposons d'abroger que des dispositions superflètes par rapport au droit commun des contrats ou des obligations, susceptibles d'entraîner des confusions en raison de l'imprécision du vocabulaire ».

<sup>5</sup> Article 2044, alinéa 1er, version de 1804 : « La transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître. »

<sup>6</sup> Req. 17 avr. 1894, *S.* 96, 1, 459 (sol. implicite) ; Civ. 13 mars 1922, *D.P.* 1925, 1, 139 ; Civ. 1, 4 mai 1976, *B. I*, n° 157 ; Com. 22 novembre 1988, *B. IV*, n° 320 ; Civ. 1, 3 mai 2000, n° 98-12819, *B. I*, n° 130 ; Com. 27 mai 2012, n° 11-17185, *B. IV*, n° 213 ; *D.* 2012, 2900. Les juges du fond apprécient souverainement l'existence de concessions réciproques : Civ. 1, 17 janvier 1961, *B. I*, n° 43 ; Com. 16 juin 1964, *B. III*, n° 312 ; Civ. 3, 28 novembre 2007, n° 06-19272, *B. III*, n° 214 ; *JCP* 2008, I, 138, n° 7, obs. Th. Clay ; *CCC* 2008, *comm.* 90, note L. Leveneur ; B. Fages « Équilibre et transaction : l'exigence de concessions réciproques », *in* : B. Mallet-Bricout et C. Nourissat (dir.), *La transaction dans toutes ses dimensions*, Dalloz, 2006, p. 53 et suiv. ; Ch. Jarrosson « Les concessions réciproques dans la transaction », *D.* 1997, *Chr.* 267 ; Mayer, *op. cit.*, n° 10 et suiv.

<sup>7</sup> Cf. depuis : Civ. 1, 16 juin 2021, n° 19-21567 (B) ; *CCC* août 2021, *comm.* 130, note L. Leveneur.

<sup>8</sup> Soc. 17 mars 1982, *B. V*, n° 180 ; Soc. 13 mai 1992, *B. V*, n° 307 ; *RTD civ.* 1992, 783, obs. P.-Y. Gautier ; sous réserve que, dérisoire, la concession prétendue n'en représente pas véritablement une : Civ. 1, 4 mai 1976, préc. ; Soc. 18 mai 1999, *B. IV*, n° 223 ; Soc. 28 novembre 2000, *B. V*, n° 399. En ce cas, en effet, l'obligation de l'autre partie serait dépourvue de cause.

<sup>9</sup> Cf. *infra* : b.

<sup>10</sup> Bénabent, *op. cit.*, n° 993 et n° 995-996 ; Malaurie, Aynès et Gautier, *op. cit.*, n° 1103. Cf. Com. 2 octobre 2001, *B. IV*, n° 157 ;

dans l'incertitude de l'issue d'un procès. Chacune des parties accepte donc une chance de gain ou un risque de perte en la concluant, conformément à la définition que l'article 1108, alinéa 2, du Code civil, donne du contrat aléatoire. Il en résulte qu'en l'absence de risque de perte pour l'une des parties, qui ne ferait aucune concession, la transaction serait dépourvue de contrepartie et, partant, nulle en application des articles 1169 et 2044 du Code civil<sup>1</sup>.

Le contrat intervenu pourrait néanmoins, le cas échéant, recevoir une autre qualification que celle de transaction et ainsi échapper à la nullité, sauf à déterminer quels en seraient alors exactement les effets<sup>2</sup>. En effet, l'article 1169 du Code civil, texte général, n'exige de contrepartie à l'engagement que dans un contrat à titre onéreux, qu'il soit commutatif ou aléatoire. En revanche, dans un contrat à titre gratuit, l'une des parties procure à l'autre un avantage sans attendre ni recevoir de contrepartie (article 1107, alinéa 2, du Code civil). Un contrat ou, plus largement, un acte juridique peut donc valablement prévoir un abandon unilatéral de ses droits par l'une des parties<sup>3</sup>. Cependant la gratuité d'un contrat ne saurait se déduire de la seule constatation objective de l'absence de concessions réciproques. Comme l'indique en effet l'article 1107, alinéa 2, du Code civil, la partie qui procure à l'autre un avantage doit non seulement ne pas recevoir de contrepartie, mais n'en pas attendre<sup>4</sup>. Elle doit donc avoir voulu abandonner ses droits sans contrepartie.

La circonstance que les rédacteurs du Code civil n'aient pas traité de la transaction à l'intérieur du titre XII du livre III consacré aux contrats aléatoires n'est pas décisive, pour refuser la qualification de contrat aléatoire à celle-ci. En effet, il suffisait de se reporter aux termes de l'ancien article 1964 du Code civil<sup>5</sup>, pour constater que la liste des contrats aléatoires qui y figurait n'était qu'énonciative. Or, étant donné l'importance que les rédacteurs du Code attachaient à la transaction, il est logique qu'ils aient décidé de lui consacrer un titre à part.

D'aucuns, il est vrai, contestent la nature aléatoire du contrat de transaction, sans remettre pour autant en question l'exigence jurisprudentielle de concessions mutuelles, prévue par l'article 2044 du Code civil et résultant, au-delà, de l'article 1169 du même code. Selon ces auteurs, le contrat serait en réalité commutatif, car les obligations imposées à chacune des parties par la transaction sont fixées *ne varietur* et, partant, ne sont pas soumises à un aléa dans leur étendue ou leur principe<sup>6</sup>. Le contrat serait donc bien commutatif, conformément à la définition que l'article 1108, alinéa 1er, du Code civil donne d'un tel contrat.

Mais, malgré ses apparences rigoureuses, la démonstration est insuffisamment poussée<sup>7</sup>. En effet, chacune des parties à la transaction ne consent de sacrifice qu'en contemplation de la chance de gain ou du risque de perte qu'un procès implique pour elle. Ce procès est bien un événement incertain, car s'il s'engageait ou se déroulait jusqu'à son terme, son issue en serait aléatoire. La conclusion d'une transaction aux prestations fixées invariablement ne fait pas disparaître l'aléa inhérent au procès, même si ce dernier n'aura jamais lieu ou ne sera pas dénoué par un jugement.

Le particularisme de la transaction tient simplement au fait que l'une comme l'autre des parties ignorera toujours si, en transigeant, elle a fait une bonne ou une mauvaise affaire. Au contraire, dans d'autres contrats aléatoires, elle l'apprendra tôt ou tard : par exemple, dans un contrat de vente d'immeuble moyennant rente viagère, le décès du créancier fait disparaître l'aléa lié à l'incertitude sur la date de ce décès. Dans la transaction, les parties évitent l'événement aléatoire, au lieu de s'y soumettre. Mais l'avantage qu'elles escomptent chacune de la conclusion du contrat n'en est pas moins affecté d'une incertitude révélatrice d'un contrat aléatoire.

D. 2001, 3119, obs. A. Lienhard.

<sup>1</sup> Dépourvue de cause et donc nulle en application de l'article 1131 du Code civil (comp. Mayer, *op. cit.*, n° 14), disait-on avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, de laquelle le mot même de cause a été banni.

<sup>2</sup> Mayer, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>3</sup> Civ. 2, 2 février 2017, n° 16-13521, B. II, n° 27 ; Civ. 1, 5 juin 2019, n° 18-16896.

<sup>4</sup> Chantepie et Latina, *Le nouveau droit des obligations (commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil)*, *op. cit.*, n° 125 ; B. Fages, *Droit des obligations*, 9ème éd., Lextenso, coll. LGDJ, 2019, n° 29.

<sup>5</sup> L'article 5, 8° de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations a abrogé ce texte. En effet, la définition que l'ancien article 1964 du Code civil donnait du contrat aléatoire paraissait s'écarter de celle de l'ancien article 1104, alinéa 2, du même code, inséré dans les dispositions préliminaires du titre III du livre III consacré aux contrats et conventions en général. Le nouvel article 1108, alinéa 2, du Code civil, issu de l'ordonnance du 10 février 2016 reprend la substance de l'ancien article 1104, alinéa 2. Mais, pour couper court aux discussions que l'article 1964 avait fait naître, les rédacteurs de l'ordonnance l'ont supprimé.

<sup>6</sup> Raynard et Seube, *op. cit.*, n° 596 ; rapp. Cornu et Foyer, *op. cit.*, p. 47.

<sup>7</sup> Bénabent, *op. cit.*, n° 993.

b. Conclusion de la transaction

On évoquera le moment où la transaction peut intervenir, ses conditions de fond et ses conditions de forme.

α) Moment de conclusion de la transaction

Il résulte de l'article 2044, alinéa 1er, précité du Code civil que la transaction peut intervenir avant tout procès ou en cours d'instance. En effet, une situation peut être d'ores et déjà litigieuse, quand bien même aucun des protagonistes n'a encore enclenché de procédure. C'est à cette situation que l'article 2044, alinéa 1er, se réfère, en prévoyant que, par une transaction, « *les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître* ». Néanmoins, ses termes sont quelque peu maladroits, car, si une contestation n'avait déjà pris naissance, la transaction, destinée par définition à l'éteindre<sup>1</sup>, serait sans objet<sup>2</sup>. Par contestation au sens du texte, il convient donc d'entendre « procès ».

A en croire un ancien arrêt de la Cour de cassation, la transaction pourrait même être conclue alors qu'une juridiction a déjà tranché le litige. En effet, selon cet arrêt, les droits reconnus par une décision déjà passée en force de chose jugée<sup>3</sup> peuvent faire l'objet d'une transaction, si la partie ayant obtenu ce jugement « *préfère couper court par un arrangement amiable aux difficultés de fait que présenterait son exécution* »<sup>4</sup>. On peut se demander toutefois si, dans une telle hypothèse, les parties ont bien conclu une transaction, car celle-ci a pour but et pour effet d'éteindre un litige. Or, en l'occurrence, le litige était déjà éteint lorsque les parties ont conclu leur accord amiable. Pour certains, le contrat consisterait, plus banalement, en une renonciation conventionnelle en connaissance de cause à des droits consacrés en justice.

Aux termes de l'ancien article 2056, alinéa 1er, du Code civil, abrogé par l'article 10 de la loi du 18 novembre 2016, la transaction sur un procès terminé par un jugement passé en force de chose jugée était nulle si la décision était ignorée des parties ou de l'une d'entre elles. On pouvait donc en déduire *a contrario* que si les parties avaient, au contraire, eu connaissance de la décision rendue en dernier ressort, la transaction est valable. Mais la qualification de transaction de l'acte ainsi conclu prête, comme on l'a vu, à discussion. En effet, l'ancien article 2056, alinéa 1er, visait une hypothèse où une décision de justice a déjà mis fin définitivement, sinon irrévocablement au litige.

Au cours des travaux préparatoires du Code civil, cependant, Bigot de Préameneu avait admis clairement la possibilité de transiger postérieurement à une décision rendue en dernier ressort, au motif qu'un pourvoi en cassation formé à l'encontre de cette décision pouvait prolonger l'incertitude affectant l'issue du procès<sup>5</sup>. En conséquence, le litige ne prend véritablement fin qu'une fois l'arrêt de la Cour de cassation rendu ou le délai d'exercice du pourvoi en cassation expiré. Jusque-là, on peut admettre, à la rigueur, que le contrat conclu par lequel les parties déclarent mettre fin à leur contestation s'analyse bien en une transaction.

Quant à la partie qui conclut une transaction dans l'ignorance qu'une décision rendue en dernier ressort a mis fin au litige, elle commet une erreur sur l'existence même de ce litige. Selon certains auteurs<sup>6</sup> cette erreur entraîne la nullité de la transaction, parce qu'elle porte sur la cause même de l'engagement souscrit dans la transaction. Cependant, la cause n'étant plus une condition de formation du contrat, cette explication, tirée de l'application de l'ancien article 1131 du Code civil déclarant nul l'engagement reposant sur une fausse cause, doit être abandonnée. L'erreur commise s'apparente plutôt en une erreur obstacle portant sur la nature du contrat, une erreur *in negotio* comme on l'appelle depuis le droit romain<sup>7</sup>. En effet, la partie victime de cette erreur croyait conclure une transaction, par définition même destinée à mettre fin à un litige, alors qu'une décision rendue en dernier ressort ayant déjà définitivement tranché celui-ci, cette partie a conventionnellement renoncé, sans s'en rendre compte, à tout ou partie de ses droits désormais incontestables. La conclusion de la transaction est donc le fruit d'un malentendu, comme aurait dit Planiol<sup>8</sup>,

<sup>1</sup> Cf. *infra* : c. « Effets de la transaction », β) « Effets d'ordre judiciaire ».

<sup>2</sup> Mayer, *op. cit.*, n° 5.

<sup>3</sup> Une décision passée en force de chose jugée est non seulement revêtue de l'autorité de la chose jugée pour avoir définitivement tranché la contestation dont la juridiction était saisie, mais encore insusceptible d'une voie de recours ordinaire, suspensive d'exécution, notamment l'appel. Pour simplifier, la décision passée en force de chose jugée est, dans la grande majorité des cas, une décision rendue en dernier ressort. En matière civile, une telle décision peut être exécutée, car le pourvoi en cassation n'est pas, en principe, suspensif d'exécution. Si une décision ne peut non plus être querellée au moyen d'une voie de recours extraordinaire, tel le pourvoi en cassation, elle a alors acquis irrévocablement l'autorité de la chose jugée (cf. *infra* : 3ème partie « Le dénouement du procès », titre I « Le jugement », chap. IV « Effets du jugement », section 2 « Autorité de la chose jugée », § 4 « Portée de l'autorité de la chose jugée »).

<sup>4</sup> Req. 12 novembre 1902, *D.P.* 1902, 1, 566.

<sup>5</sup> Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XV, p. 111.

<sup>6</sup> Malaurie, Aynès et Gautier, *op. cit.*, n° 1123.

<sup>7</sup> Cf. par ex. F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *Les obligations*, 12ème éd., Dalloz, 2018, n° 276 ; Ph. Malinvaud, M. Mekki et J.-B. Seube, *Droit des obligations*, 16ème éd., LexisNexis, 2021, n° 188.

<sup>8</sup> M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, LGDJ, 1909, n° 1052 ; *adde*, par ex. : Malinvaud, Mekki et Seube, *Droit des*

malentendu qui fait obstacle à la rencontre des volontés.

### β) Conditions de fond

La transaction obéit aux conditions de validité des contrats en général, énoncées aux articles 1128 et suivants du Code civil. Mais, en tant qu'elle est un mode de résolution des conflits, sa conclusion présente certaines particularités qui méritent d'être soulignées. On les signalera, au fur et à mesure, en examinant les trois conditions de validité des contrats : capacité des parties (ou pouvoir de contracter au nom d'une partie), consentement des parties, contenu licite et certain du contrat.

#### • Capacité et pouvoir

Conformément au droit commun, les personnes incapables n'ont pas la capacité de transiger, puisque, d'une manière générale, elles n'ont pas celle de contracter.

La transaction entraînant nécessairement l'abandon d'une action en justice, on ne peut transiger que sur des droits dont on a l'entière disposition : l'article 2045, alinéa 1er, du Code civil l'énonce expressément. Le représentant doit donc, en principe, justifier d'un pouvoir spécial (article 1155, alinéa 2, du Code civil), car le pouvoir d'un représentant défini en termes généraux ne couvre que les actes conservatoires et d'administration (article 1155, alinéa 1er). Ainsi un tuteur ne peut-il transiger au nom du mineur ou du majeur en tutelle sans l'autorisation du conseil de famille ou, à défaut, celle du juge des tutelles (articles 506 et 2045, alinéa 2, du Code civil combinés). Le majeur en curatelle, quant à lui, ne peut transiger qu'avec l'assistance de son curateur (articles 467, 506 et 2045, alinéa 2, du Code civil combinés).

Toutefois, investi d'un mandat de représentation d'une partie en justice, l'avocat est présumé avoir le pouvoir de transiger au nom de son client, en application de l'article 417 du Code de procédure civile<sup>1</sup>. Cette présomption est néanmoins réfragable. Si l'avocat outrepassait, en réalité, ses pouvoirs envers son client, il engagerait sa responsabilité envers lui. Les règles déontologiques de sa profession lui interdisent d'ailleurs de transiger sans y avoir été autorisé, spécialement et par écrit, par son mandant<sup>2</sup>.

#### • Consentement

La théorie des vices du consentement subissait des adaptations, sur lesquelles l'article 10 de la loi du 18 novembre 2016 est revenue, pour soumettre la transaction au droit commun.

Tout d'abord, le régime de l'erreur en matière de transactions dérogeait, à deux égards, à celui de ce droit commun. D'une part, en effet, l'erreur de droit était indifférente. D'autre part, l'erreur de fait entraînant la nullité de la transaction présentait une certaine spécificité. Mais le législateur a récemment entendu gommer ces différences, en abrogeant les articles 2052, alinéa 2, et 2053 du Code civil. Désormais l'erreur en matière de transaction est donc entièrement soumise au droit commun des articles 1132 à 1136 du Code civil.

Or, dans une transaction, les prestations réciproques des parties consistent dans les concessions qu'elles se font mutuellement. Ainsi, à suivre l'article 1132 du Code civil relatif à l'erreur dans les contrats en général, l'erreur entraîne-t-elle la nullité de la transaction si elle porte sur les qualités essentielles d'une des concessions consenties, celle de l'errans ou celle du cocontractant (article 1132 du Code civil). Toujours d'après ce texte, elle serait cause de nullité de la transaction quand bien même elle consisterait en une erreur de droit, à la condition pour cette erreur de ne pas être inexcusable.

Mais l'article 1132 du Code civil est, en réalité, inadapté à la transaction. En effet, la plupart

---

*obligations*, n° 188 et n° 190 ; Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 275 ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, 5ème éd., Lextenso Éditions, coll. Gualino, 2020, n° 275.

<sup>1</sup> « *La personne investie d'un mandat de représentation en justice est réputée, à l'égard du juge et de la partie adverse, avoir reçu pouvoir spécial de faire ou accepter un désistement, d'acquiescer, de faire, accepter ou donner des offres, un aveu ou un consentement.* » Ce pouvoir dont l'avocat est investi englobe celui de transiger (Civ. 1, 7 juillet 1987, n° 85-18769, B. I, n° 220 ; *Gaz. Pal.* 1987, 1, 767, note A. Damien ; Civ. 3, 16 décembre 1992, n° 91-12502, B. III, n° 324 ; Croze, *op. cit.*, n° 127).

<sup>2</sup> Croze, *op. cit.*, *loc. cit.* ; article 8 du décret n° 2005-790 du 12 juillet 2005, relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat.

du temps, l'erreur qui a déterminé une partie à transiger, est étrangère aux qualités essentielles des concessions<sup>1</sup> et porte sur l'existence, la nature ou l'étendue des droits, auxquels cette partie a renoncé par la transaction, ou bien sur celles des droits de l'autre partie. C'est donc un erreur sur le motif déterminant de son engagement<sup>2</sup>. Or celle-ci n'est théoriquement susceptible d'entraîner la nullité du contrat qu'à la condition de satisfaire aux exigences de l'article 1135, alinéa 1er, du Code civil : les parties doivent avoir fait expressément de l'existence, de la nature ou de l'étendue des droits abandonnés, un élément déterminant de leur consentement. Il ne suffirait dès lors pas qu'une partie à la transaction ait eu connaissance de ce que l'autre ait été déterminée à contracter par une erreur sur ces droits.

Hérité d'une jurisprudence contestée de la Cour de cassation<sup>3</sup>, l'article 1135, alinéa 1er, est néanmoins critiqué. Certes, on comprend bien que « plus l'élément sur lequel porte l'erreur est extérieur au contrat, plus cet élément se subjectivise et plus il sera difficile de le faire entrer dans le champ contractuel »<sup>4</sup>. Mais plusieurs auteurs<sup>5</sup> n'en estiment pas moins excessif et gênant en pratique le formalisme qu'il prescrit ; ils soutiennent qu'il devrait suffire, pour que la nullité pour erreur soit prononcée, que les parties aient fait tacitement du motif erroné un élément déterminant du consentement. Si cette thèse devait prévaloir, la transaction pourrait encourir l'annulation sur le fondement de l'article 1135, alinéa 1er, en cas d'erreur d'une partie sur ses droits ou sur ceux de son cocontractant, car les parties y rappellent systématiquement les droits qu'elles abandonnent en mettant fin au litige. L'existence, la nature et l'étendue de ces droits les a donc implicitement, au minimum, déterminées à contracter.

Toutefois, même si, contrairement à l'article 1133, alinéa 3, du Code civil, l'article 1135 du même code ne le précise pas, l'aléa chasse l'erreur sur le motif déterminant, comme il exclut l'erreur sur les qualités essentielles de la prestation. Que la transaction soit en elle-même ou non un contrat aléatoire, en effet, les parties ont, en tout cas, transigé en contemplation de l'incertitude affectant l'issue de leur litige et sont convenues d'y mettre un terme irrévocable, comme un jugement l'aurait fait en « disant le droit » (*cf.* article 12 du Code de procédure civile). L'aléa relatif à l'application ou l'interprétation de la règle de droit, auquel elles se sont soumises en transigeant, leur interdit donc d'invoquer une simple erreur de droit<sup>6</sup>, à l'origine d'une méprise sur l'existence, la nature ou l'étendue de leurs droits. Bien qu'elle soit soumise désormais à l'article 1132 du Code civil, la transaction ne saurait dès lors encourir la nullité pour erreur de droit, si on entend par celle-ci une erreur sur la règle de droit.

En revanche, les parties peuvent se prévaloir d'une erreur de fait à l'origine de leur erreur sur les droits, les leurs ou ceux du cocontractant. Si, donc, l'erreur de droit ne saurait entraîner la nullité d'une transaction, l'erreur sur les droits à propos desquels les parties ont transigé en est une cause de nullité, dès lors qu'elle est la conséquence d'une erreur de fait<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> Sauf à considérer que les qualités convenues d'une concession, en considération desquelles une partie a contracté, font défaut, si l'autre partie est dépourvue des droits qu'elle prétend abandonner, en sorte qu'elle ne fait pas, à proprement parler, une concession. Mais cette présentation paraît assez abstraite, voire artificielle. En effet, la prestation semble bien en l'occurrence celle dont les parties étaient convenues – par exemple, le paiement d'une certaine somme d'argent : l'erreur porte sur l'existence, l'étendue ou la nature des droits, auxquels il a été renoncé et qui motivaient la concession consentie. *Cf.* cpdt., en ce sens, à propos d'un cautionnement, et non d'une transaction : Civ. 1, 25 mai 1964, n° 62-10598, *B. I.*, n° 269 ; *D.* 1964, *J.* 626. Selon cet arrêt, constituerai une erreur sur la « substance de l'engagement », l'erreur ayant déterminé des cultivateurs illettrés à souscrire un cautionnement en se méprenant sur sa portée juridique. Mais, en réalité, il s'agissait d'une erreur sur le motif déterminant, et non d'une erreur sur la « substance », à moins de jouer sur le sens de ce dernier mot.

<sup>2</sup> *Cf. infra.*

<sup>3</sup> Civ. 1, 13 février 2001, *B. I.*, n° 31 ; *Grands arrêts*, t. II, n° 149, obs. F. Terré, Y. Lequette et F. Chénéde ; *JCP* 2001, I, 330, § I, n° 5 et suiv., obs. J. Rochfeld ; *RTD civ.* 2001, p. 352, n° 2, obs. J. Mestre et B. Fages ; Civ. 3, 24 avril 2003, n° 01-17458, *B. III*, n° 82 ; *JCP* 2003, II, 10134, note R. Wintgen ; *D.* 2004, *J.* 450, note S. Chassagnard ; *RDC* 2003, 42, obs. D. Mazeaud ; *RTD civ.* 2003, 699, obs. J. Mestre et B. Fages ; Com. 30 mai 2006, n° 04-15356, *CCC* 2006, *Comm.* 224, note L. Leveneur ; Com. 11 avril 2012, n° 11-15429, *B. IV*, n° 77 ; *D.* 2012, 1117, obs. X. Delpech ; *ibid.* 2013, 391, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki ; *JCP* 2012, 1151, obs. Y.-M. Serinet ; *Gaz. Pal.* 2 juin 2012, p. 23, obs. C. Houin-Bressand ; *RDC* 2012, 1175, obs. Y.-M. Laithier ; *RLDC* 2012/99, n° 4881, note Dupré ; *RTD com.* 2012, 381, obs. D. Legeais ; *ibid.* 608, obs. B. Bouloc.

<sup>4</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *Les obligations*, n° 286.

<sup>5</sup> Chantepie et Latina, *Le nouveau droit des obligations*, n° 317 ; O. Deshayes, Th. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (Commentaire article par article)*, 2ème éd., LexisNexis, 2018, art. 1135.

<sup>6</sup> Bénabent, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, n° 1004.

<sup>7</sup> Sur la distinction, essentielle en matière de transaction, entre l'erreur de droit et l'erreur sur les droits, *cf.* J. Carbonnier, obs. *RTD civ.* 1959, 124 et *infra* ; Bénabent, *op. cit.*, n° 1004 ; Civ. 1, 8 mars 2012, n° 09-12246, *B. I.*, n° 53 ; *D.* 2012, 1102, note C. Thibierge ; *ibid.* 1573, obs. P. Crocq ; *ibid.*, *Chr. C. cass.* 2050, obs. Cl. Creton ; *JCP* 2012, 517, obs. S. Piedelièvre ; *ibid.*, 561, § 5, obs. J. Ghestin : « l'exclusion de l'erreur de droit comme cause de nullité de la transaction ne concerne que la règle applicable aux droits objet de la contestation qu'elle a pour but de terminer ».

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Panthéon-Assas  
Licence droit 3ème année Melun 2023-2024

Ex. Nullité d'une transaction portant sur le montant d'une créance qui, en réalité, était éteinte à l'insu de la partie qui s'est engagée, par la transaction, à en payer une partie. Cette partie ignorait, en fait, que la créance fût éteinte, d'où elle a cru à tort, en droit, qu'elle en était débitrice.

Ex. Nullité d'une transaction portant sur l'exécution d'un testament, conclue dans l'ignorance qu'un testament postérieur en date l'avait révoqué ou que la partie qui s'en prévalait y avait renoncé. En effet, la partie a transigé sous l'empire d'une erreur de fait sur l'efficacité du testament litigieux, d'où elle a conclu, à tort, que son cocontractant avait des droits successoraux<sup>1</sup>.

Ex. Validité d'une transaction, si, à la suite d'une erreur de droit, le testament avait été supposé valable, alors qu'il était, en réalité, nul en la forme, parce qu'il ne respectait pas les exigences prescrites, à peine de nullité, par l'article 970 du Code civil, pour la rédaction d'un testament olographe<sup>2</sup>. En effet, l'erreur commise sur le droit litigieux résultant exclusivement de l'ignorance, au moment de la conclusion de la transaction, d'une règle de droit, elle est indifférente.

L'erreur obstacle, destructrice du consentement, peut enfin se rencontrer en matière de transaction : c'est le cas, lorsqu'une partie ou les deux ont cru à tort éteindre le litige les opposant par la transaction, alors qu'une décision de justice passée en force de chose jugée l'avait déjà tranché, si bien que ce litige n'existait plus<sup>3</sup>.

On ne reviendra que pour mémoire sur les deux manifestations révolues du particularisme de l'erreur en matière de transaction, résultant des anciens articles 2052, alinéa 2, et 2053 du Code civil.

1) La transaction ne pouvait être attaquée pour erreur de droit (ancien article 2052, alinéa 2, du Code civil)<sup>4</sup>. A dire vrai, la version initiale du texte appelé à devenir l'article 2052, alinéa 2, du Code civil de 1804 était plus précise, puisqu'elle prévoyait que « *La transaction ne pourrait être attaquée pour cause d'erreur dans la nature du droit litigieux, ni pour cause de lésion* »<sup>5</sup>. Mais, à l'occasion de la communication officielle du projet par le Conseil d'État au Tribunal, ce dernier dénonça l'abstraction de l'expression « *erreur dans la nature du droit litigieux* », susceptible, selon lui, de donner lieu à des difficultés d'interprétation<sup>6</sup>. En conséquence, le Tribunal proposa, et obtint, qu'on lui substituât celle d' « *erreur de droit* », « *généralement usitée* » et à propos de laquelle « *l'ancienneté des usages a fixé les idées sur son véritable sens* »<sup>7</sup>.

Pour plusieurs auteurs, contraire aux enseignements modernes de la théorie générale des obligations, l'exclusion de l'erreur de droit comme cause de nullité des transactions reposait sur un malentendu<sup>8</sup>, car elle ne se fondait sur aucune bonne raison<sup>9</sup>. Le législateur les a entendus avec la loi du 18 novembre 2016, dont l'article 10 a abrogé l'article 2052, alinéa 2. Néanmoins des justifications de la règle posée à l'article 2052, alinéa 2, avaient été proposées dans les travaux préparatoires du Code civil, puis dans la doctrine postérieure au code.

Les rédacteurs du Code civil ne s'étaient pas expliqués d'une manière pleinement satisfaisante sur les motifs de la disposition légale<sup>10</sup>. En présentant le projet du titre XV du livre III, consacré aux transactions, au Corps législatif, Bigot de Préameneu avait, il est vrai, esquissé la double justification suivante :

« *En général les erreurs de droit ne s'excusent point et dans les jugemens auxquels on assimile les transactions, de pareilles erreurs n'ont jamais été mises au nombre des motifs suffisans pour les attaquer.* »<sup>11</sup>

Mais la première raison invoquée par Bigot de Préameneu laissait perplexe. En effet, en droit commun des obligations, l'erreur de droit vicie le consentement tout autant que l'erreur de fait, dès lors du moins qu'elle porte sur les qualités essentielles de la prestation (article 1132 du Code civil)<sup>12</sup>. La jurisprudence admettait déjà cette solution

<sup>1</sup> L. Larombière, *Théorie et pratique des obligations ou commentaire des titre III et IV, livre III du Code civil.*, nouvelle éd., t. I, Durand & Pedone-Lauriel, 1885, art. 1110, comm. n° 27.

<sup>2</sup> Larombière, *op. cit.*, t. I, art. 1110, *loc. cit.*

<sup>3</sup> Malaurie, Aynès et Gautier, *op. cit.*, n° 1123. L'ancien article 2056 du Code civil envisageait cette hypothèse.

<sup>4</sup> Civ. 2ème sect. civ. 27 juin 1953, *B. II*, n° 219 ; Civ. sect. com. 26 novembre 1957, *B. III*, n° 326 ; Civ. 1, 17 février 1960, *B. I*, n° 113 ; Civ. 1, 12 juillet 2005, n° 04-11130, *B. I*, n° 332 ; *D.* 2006, 1512, note critique R. Chaaban ; Com. 1er avril 2008, n° 06-19333.

<sup>5</sup> Fenet, *op. cit.* t. XV, p. 98.

<sup>6</sup> Fenet, *op. cit.*, p. 100.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 100 et 102.

<sup>8</sup> Laurent, *op. cit.*, t. XXVIII, n° 405-406.

<sup>9</sup> M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, 2ème éd., t. XI, par R. Savatier, LGDJ, 1954, n° 1600 ; Mayer, *op. cit.*, n° 31 et suiv. ; rapp. les doutes exprimés incidemment par G. Baudry-Lacantinerie et A. Wahl, *Traité théorique et pratique de droit civil*, 3ème éd., Librairie du Recueil général des lois et des arrêts, t. XXIV, 1907, n° 1257, *in limine* ; L. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, t. II, 3ème éd., Sirey, 1939, n° 1456 ; B. Mallet-Bricout « Vices et transaction », *in* : *La transaction dans toutes ses dimensions*, dir. B. Mallet-Bricout et C. Nourissat, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2006, p. 35 et suiv.

<sup>10</sup> P.-Y. Gautier, obs. *RTD civ.* 2001, 380 et suiv.

<sup>11</sup> Fenet, *op. cit.*, t. XV, p. 108.

<sup>12</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 311 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, 18ème éd., Lextenso, 2019, n° 98 ; Fages, *op. cit.*, n° 108.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Panthéon-Assas  
Licence droit 3ème année Melun 2023-2024

traditionnelle sous l'empire de l'ancien article 1110, alinéa 1er, du Code civil, même si le texte ne le précisait pas<sup>1</sup>. Ainsi que Laurent, célèbre juriconsulte gantois du dix-neuvième siècle, l'a malicieusement écrit<sup>2</sup>, c'est en l'occurrence Bigot de Préameneu qui avait commis une « erreur de droit », en présentant inexactement une exception à un principe général comme une simple application de ce principe. Selon la remarque plaisante du même Laurent<sup>3</sup>, si ceux chargés, lors des travaux préparatoires, d'exposer les motifs de cette règle avaient pu commettre une erreur de droit, on devrait *a fortiori* l'excuser de la part de particuliers !

Plus convaincante, la seconde raison avancée par Bigot de Préameneu se fondait sur une assimilation de la transaction à une décision de justice. Par la conclusion d'une transaction, en effet, les parties sont convenues de résoudre leur contestation, aux lieu et place d'un tribunal. La transaction se substitue ainsi au jugement, qui, à défaut, aurait tranché la contestation. Or la mission du juge consiste à « dire le droit » (*jurisdictio*) ; comme l'article 12, alinéa 1er, du Code de procédure civile l'énonce aujourd'hui : « *Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables.* » Ouvrir la voie à une annulation de la transaction pour erreur de droit aurait méconnu l'effet extinctif de la contestation inhérent à la transaction<sup>4</sup>, laquelle tient irrévocablement lieu de jugement pour les parties qui l'ont conclue<sup>5</sup>.

Cette justification de l'indifférence de l'erreur de droit à la validité de la transaction trouvait un appui dans les textes du Code civil lui-même. En effet, aux termes de l'ancien article 2052, alinéa 1er, du Code civil de 1804, « *Les transactions ont, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort.* » Or cette disposition précédait immédiatement celle excluant l'erreur de droit, de sorte que celle-ci pouvait être regardée comme une conséquence de celle-là<sup>6</sup>. C'était donc bien l'analogie entre la transaction et un jugement, qui fondait l'impossibilité de la remettre en cause pour erreur de droit.

Quoi qu'eût pu en dire un peu rapidement Bigot de Préameneu<sup>7</sup>, il est vrai, une voie de recours est ouverte pour faire sanctionner l'erreur de droit, dont une décision de justice rendue en dernier ressort serait entachée : le pourvoi en cassation (articles 604 et 605 du Code de procédure civile). Mais, précisément, cette voie de recours est fermée pour contester une transaction<sup>8</sup>. En effet, voie de recours extraordinaire, le pourvoi en cassation n'est recevable que dans les cas limitativement énumérés par la loi, à l'encontre des jugements contentieux rendus en dernier ressort (articles 604 et 605 du Code de procédure civile)<sup>9</sup>. De fait, l'intérêt public exige que les erreurs de droit affectant une décision de justice, rendues au nom de l'État puissent être, le cas échéant, redressées ; au contraire, l'erreur de droit entachant une transaction, conclue entre deux particuliers, n'affecte que leur intérêt privé<sup>10</sup>. L'interprétation par analogie, consistant à assimiler une transaction à un jugement en dernier ressort au regard de la recevabilité du pourvoi en cassation, doit donc être en l'occurrence écartée.

Or, selon l'adage traditionnel, « *Voies de nullité n'ont lieu contre les jugements* »<sup>11</sup>. Si une partie à un litige entend dénoncer l'erreur de droit, dont une décision de justice rendue lui faisant grief est, selon elle, entachée, elle ne peut donc le faire qu'en intentant les voies de recours ouvertes contre cette décision, et non au moyen d'une action en nullité distincte. Ici, l'analogie existant entre la transaction et un jugement reprend toute sa force. Une partie à une transaction ne saurait dès lors utiliser l'action en nullité pour émettre une contestation à l'encontre d'une transaction, qu'elle serait irrecevable à élever par l'exercice d'une voie de recours<sup>12</sup>.

D'autres auteurs<sup>13</sup> avaient préféré fonder l'exclusion de l'erreur de droit comme cause de nullité d'une transaction sur

<sup>1</sup> Civ. 17 novembre 1930, *D. P.* 1932, 1, 161 ; *S.* 1932, 1, 17, note A. Breton ; Civ. 1, 25 mai 1964, *B. I.*, n° 369 ; *D.* 1964, *J.* 626 ; Civ. 3, 24 mai 2000, *B. III*, n° 114. Cf. par ex. Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *Les obligations*, n° 291 ; Malinvaud, Mekki et Seube, *Droit des obligations*, n° 203.

<sup>2</sup> F. Laurent, *Principes de droit civil français*, t. XXVIII, Paris : Durand et Pédone, Bruxelles : Bruylant, 1877, n° 405. Dans le même sens : V. Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, t. IX, *Commentaire-traité des Petits contrats*, par Paul Pont, t. 2, Delamotte & fils, 1877, n° 681 ; Gautier, obs. préc.

<sup>3</sup> Laurent, *op. cit.*, t. XXVIII, *loc. cit.*

<sup>4</sup> Cf. Ch. Aubry et Ch. Rau, *Droit civil français*, t. VI, 7ème éd. par P. Esmein et A. Ponsard, Librairies techniques 1975, n° 212, note 3 : « *Il semble que l'erreur de droit a été exclue dans la pensée que les personnes qui transigent au lieu de plaider entendent renoncer à faire vérifier les règles de droit objectif qui peuvent fonder leurs prétentions.* » ; dans le même sens : M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, 2ème éd., t. VI, par P. Esmein, LGDJ, 1952, n° 181. Sur l'effet extinctif de la transaction, cf. *infra*.

<sup>5</sup> Soc. 14 juin 2000, n° 97-45065, *B. V.*, n° 230 : « *si, en application de l'article 2053 du Code civil, la transaction peut être annulée pour dol ou erreur sur l'objet de la contestation, le juge ne peut, sans heurter l'autorité de la chose jugée attachée à la transaction, trancher le litige que cette dernière avait pour objet de clore.* »

<sup>6</sup> Beudant et Lerebours-Pigeonnière, *op. cit.*, t. XII, par Percerou et Rodière, n° 365 ; Gautier, obs. préc. *RTD civ.* 2001, 383. Il en allait toutefois différemment dans la version initiale du projet du titre XV (Fenet, *op. cit.*, t. XV, p. 94).

<sup>7</sup> Cf. ses déclarations devant le Corps législatif, *supra*.

<sup>8</sup> Civ. 1, 19 décembre 1960, *B. I.*, n° 549 ; rapp. Civ. 1, 18 juillet 1977, n° 76-10762, *B. I.*, n° 340 : le pourvoi en cassation contre une décision rendu en dernier ressort est devenu sans objet, dès lors que, postérieurement à la formation du pourvoi, les parties ont conclu une transaction, aux termes de laquelle le demandeur s'engageait à s'en désister ; Civ. 3, 21 mars 1990, n° 88-18738, *B. III*, n° 82 : *idem*.

<sup>9</sup> Beudant et Lerebours-Pigeonnière, *op. cit.*, t. XII, par Rodière et Percerou, *loc. cit.* ; Gautier, obs. préc.

<sup>10</sup> Cf. le discours du tribun Gillet devant le Corps législatif, *in* : Fenet, *op. cit.*, t. XV, p. 128.

<sup>11</sup> Cf. *infra* : 3ème partie « Le dénouement du procès », titre II « Les voies de recours », introduction et chap. I « Généralités sur les voies de recours ».

<sup>12</sup> *Contra* : Mayer, *op. cit.*, n° 34.

<sup>13</sup> Marcadé et Pont, *op. cit.*, t. 2, n° 681 et les réf. ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*, t. XXIV, *loc. cit.*

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Panthéon-Assas  
Licence droit 3ème année Melun 2023-2024

un autre motif. On ne transigerait guère, en effet, font-ils valoir, sans avoir consulté des personnes compétentes sur les différents points de droit que la contestation pouvait soulever. C'est ce qui aurait expliqué qu'une partie ne puisse se prévaloir ultérieurement d'une erreur de droit pour tenter de remettre en question la transaction intervenue. Peu ou prou, cela revenait à soutenir que l'erreur de droit serait, en la matière, inexcusable, ce que d'autres auteurs suggéraient<sup>1</sup>. Mais cette explication butait sur deux objections.

D'une part, en droit commun des obligations, on l'a vu, l'erreur de droit entraîne la nullité du contrat comme l'erreur de fait, parce qu'elle vicie tout autant le consentement : traditionnellement admise par la jurisprudence, la solution est consacrée par l'article 1132 du Code civil. En effet, la maxime « *nul n'est censé ignorer la loi* » signifie uniquement que nul ne peut invoquer son ignorance de la loi, pour échapper à son application : elle n'interdit pas à une partie de s'en prévaloir à l'encontre de son cocontractant, afin de solliciter la nullité de la convention conclue<sup>2</sup>. Or cette justification de l'assimilation de l'erreur de droit à l'erreur de fait au regard de la théorie des vices du consentement vaut pour la transaction, comme pour n'importe quel autre contrat.

D'autre part, et en tout état de cause, il semble excessif de présumer irréfragablement, d'une manière générale, que l'erreur de droit commise dans la conclusion d'une transaction est inexcusable, sans examiner concrètement les circonstances dans lesquelles cette conclusion s'est opérée<sup>3</sup>. La Cour de cassation a affirmé l'indifférence de l'erreur de droit à la validité de la transaction, dans des hypothèses où, pourtant, l'*errans* était excusable de l'avoir commise : disposition réglementaire de détail qu'un profane pouvait fort bien ignorer<sup>4</sup>, revirement de jurisprudence survenu postérieurement à la transaction<sup>5</sup>.

L'explication de l'indifférence de l'erreur de droit en matière de transaction ne tenait donc pas au caractère inexcusable, qu'en l'occurrence elle revêtirait.

Enfin, pour certains auteurs, admettre l'erreur de droit comme cause de nullité de la transaction aurait contredit le caractère aléatoire du contrat<sup>6</sup>. L'incertitude sur le droit est en effet l'objet même de l'aléa, en contemplation duquel la transaction est conclue. Chacune des parties a accepté de courir un risque, qu'elle doit assumer<sup>7</sup>. A dire vrai, cette explication rejoint et complète celle tirée de l'analogie, voulue par le législateur, entre la transaction et un jugement. En convenant d'éteindre leur contestation par un accord qui tient lieu de jugement, les parties se sont interdit d'en quereller ultérieurement la rectitude juridique, à la faveur de la découverte d'une erreur de droit.

2) Si l'erreur de droit était indifférente à la validité de la transaction, l'erreur de fait en est, en revanche, une cause de nullité. Toutefois le Code civil subordonnait l'admission de l'erreur de fait à des conditions spéciales. En effet, l'article 2053, alinéa 1er, du Code civil de 1804 disposait : « *Néanmoins une transaction peut être rescindée, lorsqu'il y a erreur dans la personne ou sur l'objet de la contestation.* » Mais, fidèles à leur concision, les rédacteurs du Code civil s'étaient abstenus de définir la notion d'erreur dans la personne et surtout celle, énigmatique, d'erreur sur l'objet de la contestation<sup>8</sup>. Il en était résulté des incertitudes sur la portée exacte de la disposition, que l'article 10 de la loi du 18 novembre 2016 a abrogée.

Pour nombre d'auteurs classiques ou modernes, à la différence de l'article 2052, alinéa 2, lequel dérogeait au droit commun, l'article 2053, alinéa 1er, devait en être regardé comme une application<sup>9</sup>. Certaines déclarations, lors des travaux préparatoires du Code civil, allaient aussi dans ce sens<sup>10</sup>. En conséquence, d'après ces auteurs :

– L'erreur dans la personne ne devait être prise en compte que, si conformément à l'article 1134 du Code civil, la

<sup>1</sup> Troplong, cité par Gautier, obs. préc. *RTD civ.* 2001, 383.

<sup>2</sup> J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Les obligations*, t. I, *L'acte juridique*, 16ème éd., Sirey, 2014, n° 200 ; Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *Les obligations*, n° 291.

<sup>3</sup> Rapp. Mayer, *op. cit.*, n° 34.

<sup>4</sup> Civ. 1, 12 juillet 2005, préc.

<sup>5</sup> Civ. 1, 17 février 1960, préc. : en l'espèce, le demandeur à la nullité, de la transaction était, il est vrai, de fort mauvaise foi ; mais la réponse de la Cour de cassation va au-delà des circonstances particulières de l'espèce. Cf. les réticences de Larombière, *op. cit.*, t. I, art. 1110, comm., n° 28. D'une manière générale, sur le caractère excusable de l'erreur de droit tenant à un revirement de jurisprudence postérieur à la formation du contrat, cf. Malinvaud, Mekki et Seube, *Droit des obligations*, n° 203.

<sup>6</sup> Bénabent, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, n° 1004 ; Malaurie, Aynès et Gautier, *op. cit.*, n° 1120 ; rapp. Larombière, *op. cit.*, t. I, art. 1110, comm., n° 26 ; Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. VI, par P. Esmein, n° 181 ; *contra* : Gautier, obs. préc. ; Mayer, *op. cit.*, n° 33-34 : selon ce dernier auteur, si les parties ont accepté une incertitude quant à la solution que le juge donnerait au litige, elle n'ont pas, pour autant, accepté une incertitude sur la règle de droit elle-même. L'adage « *l'aléa chasse l'erreur* » serait donc inapplicable, en l'occurrence.

<sup>7</sup> D'une manière générale, sur les conséquences de l'acceptation d'un aléa sur les qualités essentielles d'un prestation, cf. Civ. 1, 24 mars 1987, aff. du Verrou de Fragonard, *B. I.*, n° 105 ; *D.* 1987, *J.* 489, note J.-L. Aubert ; *J.C.P.* 1989, II, 21300, note M.-F. Vieville-Miravete ; article 1133, alinéa 3, du Code civil.

<sup>8</sup> Malaurie, Aynès et Gautier, *op. cit.*, n° 1121 ; Raynard et Seube, *op. cit.*, n° 608.

<sup>9</sup> C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. XXIV, Lahure, 1880, n° 120 ; Marcadé et Pont, *Petits contrats*, t. 2, n° 697 et suiv. ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*, t. XXIV, n° 1246 ; Beudant et Lerebours-Pigeonnière, *op. cit.*, t. XII, par Percerou et Rodière, n° 366 ; Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. XI, par R. Savatier, n° 1599 ; rapp. Malaurie, Aynès et Gautier, *op. cit.*, n° 1120-1121. Certains bornent leur affirmation à une seule des deux erreurs prévues par le texte : Laurent, *op. cit.*, t. XXVIII, n° 405 : erreur sur l'objet de la contestation ; Larombière, *op. cit.*, t. I, art. 1110, comm., n° 18 erreur sur la personne.

<sup>10</sup> Cf. le discours du tribun Gillet devant le Corps législatif (Fenet, *op. cit.*, t. XV, p. 127) : « *Toute convention exige un consentement effectif : ainsi le dol, la violence, l'erreur de fait, qui touchent à la personne ou à l'objet, font rescinder la transaction comme les autres contrats* ».



Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Panthéon-Assas  
Licence droit 3ème année Melun 2023-2024

transaction a été conclue en considération de la personne, *intuitu personae*<sup>1</sup>.

- L'erreur sur l'objet de la contestation ne devait être prise en compte que si elle constitue une erreur obstacle portant sur l'identité de l'objet de la contestation ou sur ses qualités essentielles, conformément à l'article 1110, alinéa 1er, devenu l'article 1132 du Code civil, et à la jurisprudence<sup>2</sup>.

Mais cette interprétation de l'ancien article 2053, alinéa 1er, soulevait diverses objections :

- En premier lieu, la transaction n'étant pas, normalement, conclue *intuitu personae*, l'erreur sur la personne semble difficile à envisager, si on estime qu'elle n'entraîne la nullité que sous les conditions prévues à l'article 1134 du Code civil.
- En deuxième lieu, contrairement à l'article 1132, l'ancien article 2053, alinéa 1er n'énonçait pas que « *L'erreur est une cause de nullité du contrat lorsqu'elle porte sur les qualités essentielles de la prestation due* », mais qu'elle devait porter sur « *l'objet de la contestation* » pour entraîner la nullité de la transaction. Or la prestation, objet de l'obligation selon l'article 1163, alinéa 2, du Code civil, ne se confond pas avec l'objet de la contestation : la transaction a pour effet d'éteindre celle-ci, et non d'en réaliser l'objet ! L'erreur cause de nullité portait donc sur un objet différent dans l'article 1132 et dans l'ancien article 2053, alinéa 1er.
- Enfin, si l'article 2053, alinéa 1er, n'avait été qu'une application de l'article 1132 en matière de transaction, il aurait été inutile<sup>3</sup>.

Comme exemple d'erreur dans la personne du cocontractant, Bigot de Préameneu cite l'erreur qu'une partie aurait commise sur la qualité de son cocontractant à émettre une prétention sur le droit douteux, alors que celui-ci lui est entièrement étranger<sup>4</sup>. Mais, à la vérité, dans cette hypothèse, l'erreur porte sur l'existence d'une contestation entre les parties à la transaction. Elle s'analyse donc en une erreur-obstacle, destructrice du consentement, plutôt qu'en une erreur sur la personne<sup>5</sup>. Les autres illustrations d'erreur sur la personne proposées en doctrine<sup>6</sup> concernent les cas, fort rares, on l'a vu, où la considération de la personne du contractant aurait été déterminante du consentement de l'autre partie<sup>7</sup>.

L'erreur sur l'objet de la contestation, on l'a dit, se distingue de l'erreur sur les qualités essentielles de la prestation, visée par l'article 1132 du Code civil. En effet, aux termes de l'article 1163, alinéa 1er, du Code civil, une prestation, présente ou future, est l'objet de toute obligation. Or, dans une transaction, l'objet de l'obligation, la prestation de chacune des parties, réside dans la concession faite au cocontractant<sup>8</sup>. L'annulation d'une transaction pour erreur sur les qualités essentielles de la prestation se rencontre, il est vrai, quelquefois en jurisprudence, dans des affaires où une partie à une transaction n'avait pas mesuré les conséquences de son engagement<sup>9</sup>. Mais ce n'est pas l'erreur qui a été la plus fréquemment retenue pour prononcer la nullité du contrat.

L'objet de la contestation est, en réalité, l'objet du litige, au sens de l'article 4, alinéa 1er, du Code de procédure civile, aux termes duquel « *L'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties.* » Or, on l'a vu antérieurement, cet objet du litige réside dans le droit prétendu et contesté<sup>10</sup>. Par objet de la contestation au sens de l'article 2053, alinéa 1er, du Code civil, il convenait dès lors d'entendre le droit litigieux<sup>11</sup> – et non pas la chose matérielle qui en serait éventuellement l'objet<sup>12</sup>. La transaction met en effet fin à la contestation relative à un droit,

<sup>1</sup> Marcadé et Pont, *op. cit.*, t. 2, n° 697 ; Larombière, *op. cit.*, t. I, art. 1110, comm., n° 18.

<sup>2</sup> Marcadé et Pont, *op. cit.*, t. 2, n° 698 et suiv. ; Laurent, *op. cit.*, t. XXVIII, n° 407.

<sup>3</sup> C'est la conclusion de Laurent (*op. cit.*, t. XXVIII, n° 333 et n° 407), que les paradoxes n'effraient jamais.

<sup>4</sup> Fenet, *op. cit.*, t. XV, p. 109.

<sup>5</sup> Rapp. Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, t. VI, 5ème éd., par E. Bartin, Marchal & Billard, 1920, § 422, note 3, p. 210-211 ; Larombière, *op. cit.*, t. I, art. 1110, comm., n° 18, *in fine*.

<sup>6</sup> Larombière, *op. cit.*, t. I, *loc. cit.*

<sup>7</sup> Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VI, 5ème éd., par Bartin, *loc. cit.* et 6ème éd., par A. Ponsard et P. Esmein, § 422, n° 212, note 6, p. 313.

<sup>8</sup> H. Capitant, *De la cause des obligations (contrats, engagements unilatéraux, legs)*, 3ème éd., Dalloz, 1927, réimpr. Éditions La Mémoire du droit, 2012, avant-propos D. Mazeaud, n° 105.

<sup>9</sup> Civ. 1, 29 octobre 1963, *B. I.*, n° 463 ; Civ. 1, 8 mars 1966, *B. I.*, n° 171 ; Civ. 1, 24 mai 1966, *B. I.*, n° 317 ; Crim. 20 février 1968, *B. crim.*, n° 49 ; Civ. 1, 3 février 1969, *B. I.*, n° 59 ; Dans plusieurs des affaires, on était d'ailleurs plutôt en présence d'une erreur de droit portant sur les conséquences juridiques de la transaction conclue. Or, on l'a vu, l'article 2052, alinéa 2, déclare l'erreur de droit indifférente en matière de transaction. Mais il s'agissait, à chaque fois, de victimes d'accidents corporels induites en erreur par un cocontractant peu scrupuleux, souvent une compagnie d'assurance. Ces circonstances de fait expliquent certainement ces décisions. En parlant d'une erreur portant sur les qualités substantielles même de l'engagement, dans ces affaires, la Cour de cassation a visé, en réalité, une erreur destructrice du consentement. D'une manière générale, sur l'erreur relative aux conséquences juridiques d'un engagement, cf. Ghestin, *op. cit.*, n° 506.

<sup>10</sup> Cf. *supra* : § 1 « Genèse du litige », A. « Éléments constitutifs du litige », 1. « Objet du litige ».

<sup>11</sup> Civ. sect. com. 27 octobre 1958, *B. III.*, n° 365 ; *D.* 1958, *J.* 727 ; Civ. 1, 22 mai 2008, n° 06-19643, *B. I.*, n° 151 ; *D.* 2009, 272, note F. Ludwiczak ; *CCC* 2008, n° 225, obs. L. Leveneur ; *Dr. et patr.* février 2009, 126, obs. L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck ; Marcadé et Pont, *Petits contrats*, t. 2, n° 569 ; Capitant, *op. cit.*, *loc. cit.* ; Malaurie, Aynès et Gautier, *op. cit.*, n° 1121.

<sup>12</sup> Civ. 3, 28 octobre 1974, n° 73-11600, *B. III.*, n° 383 ; *JCP* 1975, II, 18197, note Homont ; Malaurie, Aynès et Gautier, *op. cit.*, *loc. cit.* Cf. *supra* : § 1 « Genèse du litige », A. « Éléments constitutifs du litige », 1. « Objet du litige ». Civ. 3, 28 octobre 1974, n° 73-11600, *B. III.*, n° 383 ; *JCP* 1975, II, 18197, note Homont ; Malaurie, Aynès et Gautier, *op. cit.*, *loc. cit.* Comp. Civ. 1, 28 mars 2008, n° 06-10715, *B. I.*, n° 95 ; *D.* 2008, 1866, note E. Treppoz ; *ibid.* 2965, obs. S. Amrani-Mekki ; *JCP* 2008, II, 10101, note Y.-M. Serinet ; *RDC* 2008, 727, note Y.-M. Laithier ; *RTD com.* 2008, 840, obs. B. Bouloc : vente d'un portrait de Monet attribué au

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Panthéon-Assas  
Licence droit 3ème année Melun 2023-2024

en éteignant l'action fondée sur ce droit, moyennant des concessions réciproques, que les parties se consentent et qu'elles s'obligent à honorer.

Entraîne dès lors, selon la jurisprudence, la nullité de la transaction, jadis en application de l'ancien article 2053, alinéa 1er, du Code civil aujourd'hui abrogé, l'erreur sur l'existence du droit contesté<sup>1</sup>, sa nature<sup>2</sup> ou même son étendue<sup>3</sup>. Ces solutions sont toujours valables, mais elles devront être fondées désormais soit sur l'article 1135 du Code civil relatif à l'erreur sur le motif déterminant, soit sur le caractère illusoire ou dérisoire de la contrepartie convenue, cause de nullité du contrat selon l'article 1169 du Code civil<sup>4</sup>.

Dans les anciens articles 2054 et suivants, que l'article 10 de la loi du 18 novembre 2016 a abrogés, le Code civil citait lui-même un certain nombre de cas où l'erreur entraîne la nullité de la transaction, lesquels devaient être regardés comme autant d'exemple d'erreurs portant sur l'existence du droit litigieux : erreur sur la validité du titre servant de base au droit contesté (article 2054), sur la véracité de pièces (article 2055)<sup>5</sup>, sur l'existence d'autres pièces démentant le droit contesté (article 2057).

Entraîne *a fortiori* la nullité de la transaction, l'ignorance où les parties ou une d'entre elles se trouvaient, de l'existence d'une décision de justice passée en force de chose jugée ayant mis fin au litige (ancien article 2056, alinéa 1er, du Code civil, abrogé par l'article 10 de la loi du 18 novembre 2016). Toutefois, on l'a vu précédemment, en ce cas, l'erreur ne porte pas, à proprement parler, sur l'objet de la contestation, mais sur l'existence même de la contestation, du litige. Cette erreur s'apparente à une erreur-obstacle destructrice du consentement, plutôt que de constituer une simple erreur vice du consentement. L'abrogation de l'article 2056 du Code civil ne condamne pas cette solution, car l'erreur obstacle est admise en droit commun des obligations.

A rebours, ne portaient pas sur l'objet même de la contestation, selon la jurisprudence, et demeurent indifférentes à la validité de la transaction, les erreurs suivantes :

- L'erreur sur le montant du droit litigieux<sup>6</sup>, de telle manière que le principe que la lésion n'est pas une cause de rescision des transactions<sup>7</sup>, ne soit pas tourné<sup>8</sup>. D'une manière générale, en effet, l'erreur sur la valeur est indifférente à la validité d'un contrat (article 1136 du Code civil confirmant la jurisprudence antérieure).
- L'erreur portant sur un droit étranger à l'objet de la contestation<sup>9</sup>. Elle ne constitue qu'une erreur sur un motif. Or une telle erreur, à supposer même qu'elle ait déterminé le consentement de la partie qui s'en prévaut, ne peut

---

peintre Sargent, puis action en nullité intentée par l'acquéreur pour erreur sur les qualités substantielles en raison de doutes sur l'attribution du tableau, éteinte par une transaction prévoyant une réduction du prix de vente initial ; action en nullité de la vente et de la transaction engagée postérieurement par le vendeur, pour erreur sur les qualités substantielles, en raison de la découverte que le tableau était peut-être un autoportrait de Monet lui-même, ce que les parties avaient implicitement exclu en convenant d'une réduction de prix dans la transaction. Cette dernière était bien entaché d'une erreur sur l'objet de la contestation, à savoir le droit litigieux d'agir en nullité de la vente pour erreur sur la substance de la chose vendue. Pourtant, dans cette affaire, la Cour de cassation a fini par juger, de manière fort critiquable, que « l'annulation ultérieure de la vente (pour erreur sur les qualités substantielles de la chose vendue) n'était pas de nature à fonder l'annulation de la transaction » (Civ. 1, 17 mars 2016, n° 14-27168, B. I, n° 64 ; D. 2016, 1231, note critique L. Mayer ; JCP 2016, *doctr.* 797, n° 3, obs. critiques Y.-M. Serinet ; RTD civ. 2016, 343, obs. critiques H. Barbier).

<sup>1</sup> Civ. 1, 13 décembre 1972, n° 71-10219, B. I, n° 290 : erreur sur l'existence même de la créance objet de la contestation, et non pas simplement sur le montant dont le demandeur à l'annulation aurait été débiteur envers l'autre partie ; Com. 11 septembre 2012, n° 10-26942 : « le règlement transactionnel conclu par les parties reposait sur une erreur relative à l'existence d'une contrefaçon et que cette erreur portait sur l'objet même de la contestation, le délit douanier s'étant révélé inexistant, la cour d'appel en a déduit à bon droit que la transaction litigieuse était entachée de nullité ».

<sup>2</sup> Par exemple, une partie aurait entendu transiger sur le possessoire seulement, et l'autre sur le pétitoire (Aubry et Rau, *Droit civil français*, t. VI, 7ème éd., par P. Esmein et A. Ponsard, § 422, n° 212, p. 313, note 5).

<sup>3</sup> Civ. 1, 9 juillet 1963, B. I, n° 381 ; JCP 1963, II, 13413, note P. Esmein ; Civ. 1, 11 octobre 1967, B. I, n° 291 ; Civ. 1, 12 janvier 1970, n° 68-11803, B. I, n° 10 : transaction dans l'ignorance de la lésion génératrice du dommage ; Civ. 3, 24 mai 1978, n° 77-10286, B. III, n° 221 ; Civ. 1, 10 juin 1986, n° 85-10345, B. I, n° 164 ; Civ. 2, 10 janvier 1990, n° 88-15112, B. II, n° 9 : ces décisions, qui prononcent la nullité d'une transaction pour erreur de la victime sur la nature de son préjudice, c'est-à-dire en réalité son étendue, sont, à dire vrai, critiquables. En réalité, dans ces affaires, les parties n'avaient pas pris en compte le préjudice non réparé et la transaction n'avait pas de portée à son égard (Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, 3ème éd., LexisNexis, 2014, n° 530 ; cf., *a contrario* : Civ. 1, 6 octobre 1964, B. I, n° 425 ; D. 1965, J. 365, note P. Azard). La solution aurait donc plus heureusement été fondée sur l'article 2049 du Code civil, délimitant l'objet d'une transaction (Malaurie, Aynès et Gautier, *op. cit.*, n° 1121 ; Bénabent, *op. cit.*, n° 1004) ; Civ. 1, 22 mai 2008, n° 06-19643, B. I, n° 151 ; D. 2009, 272, note F. Ludwiczak ; CCC 2008, n° 225, obs. L. Leveneur ; Dr. et patr. février 2009, 126, obs. L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck.

<sup>4</sup> Cf. *infra* : « Contenu licite et certain ».

<sup>5</sup> Contre un jugement rendu sur de fausses pièces, il existe en procédure civile une voie de recours extraordinaire visant à le faire rétracter : le recours en révision (article 593 et 595 du Code de procédure civile), jadis appelé requête civile. Mais, précisément, ce recours est fermé en matière de transaction, en raison de la force obligatoire de celle-ci, d'où l'utilité de l'article 2055 (cf. les déclarations de Tronchet, *in* : Fenet, *op. cit.* t. XV, p. 96)

<sup>6</sup> Erreur sur l'évaluation du préjudice : Civ. 2, 12 décembre 1963, D. 1964, J. 467, 2ème espèce, note F. Boulanger ; Civ. 1, 10 juin 1968, B. I, n° 164 ; Civ. 1, 24 octobre 1978, n° 77-13316, B. I, n° 320 ; Civ. 1, 21 février 1979, n° 77-11108, B. I, n° 72 ; erreur sur l'importance d'une créance : Com. 28 octobre 1974, n° 73-12653, B. IV, n° 271.

<sup>7</sup> Article 2052, alinéa 2, du Code civil. Cf. *infra*.

<sup>8</sup> Malaurie, Aynès et Gautier, *op. cit.*, n° 1121.

<sup>9</sup> Soc. 21 juillet 1993, n° 90-41547 ; Com. 16 octobre 2007, n° 06-13718 ; Soc. 22 septembre 2011, n° 10-10481.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Panthéon-Assas  
Licence droit 3ème année Melun 2023-2024

entraîner, d'une manière générale, la nullité d'un contrat<sup>1</sup>, à moins que les parties n'aient incorporé le motif au contrat<sup>2</sup>, en l'érigeant en condition de ce contrat<sup>3</sup> (article 1135 du Code civil, confirmant la jurisprudence antérieure).

Certes, on le verra, l'erreur sur l'objet de la contestation peut elle-même s'analyser en une erreur sur le motif déterminant. Mais si elle viciait la transaction, c'est parce que l'ancien article 2053, alinéa 1er, du Code civil le prévoyait expressément. Or une telle exception au principe de l'indifférence de l'erreur sur les motifs devait être interprétée strictement. Elle ne pouvait dès lors étendue à d'autres erreurs sur les motifs émanant d'une partie à la transaction.

- L'erreur sur les calculs : elle ne donnait lieu qu'à réduction (ancien article 2058 du Code civil)<sup>4</sup>, et encore à la condition traditionnelle d'être commune aux deux parties<sup>5</sup>. Elle ne se confondait pas avec une erreur sur l'évaluation des prétentions, erreur sur la valeur qui n'est pas prise en considération, ni pour annuler, ni pour rééquilibrer la convention<sup>6</sup>. On ne saurait permettre en effet à une partie d'obtenir, sous couvert d'une erreur de calcul, la rescision de la transaction pour lésion<sup>7</sup>.

Ainsi clarifiée, autant que faire ce peut, la notion d'erreur sur l'objet de la contestation, au sens de l'ancien article 2053, alinéa 1er, du Code civil, continuait néanmoins de soulever deux interrogations :

- tout d'abord, cette erreur était-elle susceptible de se rattacher à une catégorie préexistante, reconnue par le droit commun des obligations ?
  - Ensuite, comment distinguer l'erreur portant sur le droit litigieux, qui vicie la transaction, de l'erreur de droit, indifférente à la validité de la transaction, comme on l'a vu ?
- a) Pour certains auteurs<sup>8</sup>, l'erreur sur l'objet de la contestation de l'article 2053, alinéa 1er, se ramenait à une erreur sur la cause. On citait volontiers, à l'appui de cette thèse, un passage du discours prononcé par le tribun Gillet, lors des travaux préparatoires du Code civil. « *Toute convention a une cause. Celle de la transaction est la crainte des procès, propter timorem litis* », déclarait-il, en en déduisant que si une des parties s'était trompée sur l'existence d'un droit litigieux, la transaction était dépourvue de cause<sup>9</sup>. En d'autres termes, lorsque la crainte du procès, qui a déterminé une partie à transiger, est le fruit d'une méprise de sa part, portant sur le droit litigieux, la transaction aurait été affectée d'une fausse cause. Or l'erreur sur la cause entraînait la nullité du contrat en général, par application des anciens articles 1109 et 1131 du Code civil. L'erreur sur l'objet de la contestation se serait ainsi ramenée à une variété d'erreur connue en droit commun des obligations.

L'inconvénient de vouloir rattacher l'erreur sur l'objet de la contestation à l'erreur sur la cause tenait, d'une part, à la malléabilité de la notion de cause, d'autre part et surtout, à la disparition de la cause comme condition de validité du contrat en général, avec l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016.

Se référer à la notion processualiste de cause<sup>10</sup> semblait artificiel, car ce n'est pas cette notion que les rédacteurs du Code civil ont eue à l'esprit, lorsqu'ils avaient énoncé, dans l'ancien article 1131 du Code civil, que l'obligation sur une fausse cause ne peut produire aucun effet. Du reste, la cause ne pouvait s'entendre du

<sup>1</sup> Civ. 3 août 1942, *D. A.* 1943, 18 ; Civ. 1, 13 février 2001, *B. I.*, n° 31 ; *Grands arrêts*, t. II, n° 149, obs. F. Terré, Y. Lequette et F. Chénéde ; *J.C.P.* 2001, I, 330, § I, n° 5 et suiv., obs. J. Rochfeld ; *Rev. trim. dr. civ.* 2001, p. 352, n° 2, obs. J. Mestre et B. Fages ; Civ. 3, 24 avril 2003, n° 01-17458, *B. III*, n° 82 ; *J.C.P.* 2003, II, 10134, note R. Wintgen ; *D.* 2004, *J.* 450, note S. Chassagnard ; *RDC* 2003, 42, obs. D. Mazeaud ; *RTD civ.* 2003, 699, obs. J. Mestre et B. Fages ; Civ. 1, 12 juillet 2005, n° 04-15275 ; Com. 11 avril 2012, n° 11-15429, *B. IV*, n° 77 ; *D.* 2012, 1117, obs. X. Delpech ; *ibid.* 2013, 391, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki ; *JCP* 2012, 1151, obs. Y.-M. Serinet ; *Gaz. Pal.* 2 juin 2012, p. 23, obs. C. Houin-Bressand ; *RDC* 2012, 1175, obs. Y.-M. Laithier ; *RLDC* 2012/99, n° 4881, note Dupré ; *RTD com.* 2012, 381, obs. D. Legeais ; *ibid.* 608, obs. B. Bouloc.

<sup>2</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *Les obligations*, n° 286 ; Terré, Lequette et Chénéde, obs. préc.

<sup>3</sup> Civ. 3 août 1942, Civ. 1, 13 février 2001, Civ. 1, 12 juillet 2005 et Com. 11 avril 2012, préc. ; Com. 30 mai 2006, *CCC* 2006, n° 224, note L. Leveneur.

<sup>4</sup> Req. 16 juin 1875, *D.P.* 77, 1, 71 ; Civ. sect. com. 13 février 1956, *B. III*, n° 66 ; Civ. sect. com. 27 octobre 1958, *B. III*, n° 365 ; *D.* 1958, *J.* 727 : « *si, aux termes de l'article 2058 du Code civil, l'erreur de calcul dans une transaction doit être réparée, une telle erreur ne peut s'entendre que d'une erreur arithmétique ; que l'erreur faite par une des parties sur l'étendue de ses droits et qui a eu pour conséquence l'omission d'une somme dans un arrêté de compte à caractère transactionnel ne rentre pas dans les prévisions du texte précité* » – « *erreur portant sur certains éléments de la créance, objet de la transaction* » ; Civ. 1, 4 octobre 1988, n° 86-19250 : « *l'erreur visée par l'article 2058 du Code civil s'entend seulement d'une erreur arithmétique et non d'une erreur portant, comme il est allégué en l'espèce, sur un élément de la créance ayant fait l'objet de transaction* ». Il ne faut en effet pas que l'article 2058 soit invoqué à dessein de tourner l'impossibilité de rescinder une transaction pour lésion ou pour une erreur ne portant pas sur l'objet de la contestation.

<sup>5</sup> Laurent, *op. cit.*, t. XXVIII, *loc. cit.* ; Carbonnier, obs. préc.

<sup>6</sup> Cf. les explications de Bigot de Préameneu dans sa présentation du titre XV du livre III au Corps législatif, *in* : Fenet, *op. cit.*, t. XV, p. 112 ; Laurent, *op. cit.*, t. XXVIII, n° 411.

<sup>7</sup> Civ. sect. com. 13 février 1956, préc.

<sup>8</sup> Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, t. VI, 5ème éd., par Bartin, § 418, p. 191 ; 6ème éd., ; par Esmein et Ponsard, § 418, n° 201 ; surtout : Capitant, *De la cause des obligations*, n° 105 ; P. Gerbault « L'erreur dans la transaction », *LPA* 17 juillet 2006, p. 5 et suiv., n° 18 et suiv.

<sup>9</sup> Discours du tribun Gillet devant le Corps législatif, *in* : Fenet, *op. cit.*, t. XV, p. 127.

<sup>10</sup> Cf. *supra* : § 1 « Genèse du litige », B. « Éléments constitutifs du litige », 2. « La cause du litige ».

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Panthéon-Assas  
Licence droit 3ème année Melun 2023-2024

fondement juridique du droit contesté<sup>1</sup>, car l'erreur qui s'y rapporte était, par définition, une erreur de droit, indifférente à la validité de la transaction<sup>2</sup> : l'erreur ne viciait la transaction que si elle porte sur les fondements factuels, les éléments générateurs de la contestation.

Par cause, mieux valait entendre en l'occurrence la cause concrète ou motif déterminant, au sens du droit des obligations. En l'occurrence, la cause s'identifie en effet au motif qui a déterminé la partie à transiger, à savoir la considération du droit litigieux<sup>3</sup>. C'est en contemplation de ce droit, que les parties se sont fait mutuellement des concessions. Dès lors, si une des parties s'est trompée sur l'existence ou l'étendue de ce droit, elle a commis une erreur sur le motif déterminant de son engagement.

Sans doute, dans un contrat à titre onéreux, l'erreur sur un motif étranger à l'objet du contrat est-elle en principe indifférente, quand bien même ce motif serait déterminant du consentement, à moins qu'une stipulation expresse ne l'ait incorporé au contrat. L'article 1135, alinéa 1er, nouveau du Code civil énonce cette règle traditionnelle, que la jurisprudence antérieure avait consacrée<sup>4</sup>.

Mais, précisément, l'ancien article 2053, alinéa 1er dérogeait au droit commun, en disposant que l'erreur sur l'objet de la contestation vicie la transaction<sup>5</sup>. L'article 2053, alinéa 1er, aurait ainsi admis, dans le domaine particulier de la transaction, une subjectivisation de la notion de cause, dont l'existence était nécessaire à la validité du contrat. Tandis, en effet, que normalement la cause de l'obligation était une notion objective, elle aurait pris ici une coloration plus subjective la rapprochant de la notion de cause du contrat.

Toutefois, le détour par la notion de cause, pour expliquer l'article 2053, alinéa 1er, dut être abandonné avec l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016. Depuis la réforme du droit des contrats, en effet, la cause, en quel que sens qu'on l'entende, n'est plus une condition de validité du contrat. Il était donc préférable de se borner à relever que l'article 2053, alinéa 1er, du Code civil dérogeait à l'article 1135, alinéa 1er, du même code, en permettant l'annulation de la transaction pour erreur sur le motif déterminant, sans qu'il soit nécessaire que les parties aient incorporé ce motif au contrat par une stipulation expresse.

Les partisans du caractère aléatoire du contrat de transaction s'exprimaient différemment<sup>6</sup>. En effet, disaient-ils, dans un contrat aléatoire, la cause de l'engagement réside dans l'aléa : c'est lui qui tient lieu de contrepartie à l'obligation. Or si le droit contesté n'existe pas, l'aléa inhérent à la transaction fait défaut. L'obligation repose alors sur une fausse cause, d'où la nullité encourue par application de l'ancien article 1131 du Code civil.

Cette explication, tirée du caractère nécessairement aléatoire de toute transaction, peut être maintenue sous l'empire des nouveaux textes gouvernant le contrat en général, sauf à la détacher de la notion de cause, puisque cette dernière n'est plus une condition de validité du contrat. En effet, l'existence d'une contrepartie demeure une condition de validité de tout contrat à titre onéreux (article 1169 du Code civil) et, dans un contrat aléatoire, la contrepartie est l'aléa. Si donc celui-ci fait défaut, la transaction est nulle.

Mais, même en admettant que la transaction soit un contrat commutatif, la nullité est également encourue sur le fondement de l'article 1169. En effet, à défaut pour une des parties de posséder les droits en considération desquelles l'autre partie a consenti des concessions, le sacrifice consenti n'est qu'apparent. La contrepartie convenue de l'engagement de l'autre partie est donc illusoire<sup>7</sup>. Le détour par la notion d'erreur sur l'objet de la contestation est dès lors, dans tous les cas, superflu pour affirmer la nullité du contrat. Aussi l'ancien article 2053 du Code civil a-t-il pu paraître inutile au législateur, d'où la décision de l'abroger.

- b) La distinction de l'erreur de droit, qui était indifférente à la validité de la transaction, et de l'erreur de fait sur l'objet de la contestation, susceptible de vicier le consentement, n'allait sans difficulté<sup>8</sup>. En effet, comme on l'a

<sup>1</sup> Cf. toutefois : Civ. sect. com. 10 décembre 1958, *B. III*, n° 433, définissant la cause de la transaction comme l'acte juridique qui constitue le fondement du droit réclamé, mais pour déterminer la portée de l'autorité de la chose jugée attachée à une transaction, et non pour décider si elle était entaché d'erreur.

<sup>2</sup> Comp. Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, t. VI, 5ème éd., par Bartin, § 422, note 5, p. 211-212 ; Gerbault, *op. cit.*, n° 16-17.

<sup>3</sup> Capitain, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>4</sup> Civ. 3 août 1942, *D. A.* 1943, 18 ; Civ. 1, 13 février 2001, *B. I*, n° 31 ; *Grands arrêts*, t. II, n° 149, obs. F. Terré, Y. Lequette et F. Chénéde ; *JCP* 2001, I, 330, § I, n° 5 et suiv., obs. J. Rochfeld ; *RTD civ.* 2001, p. 352, n° 2, obs. J. Mestre et B. Fages ; Civ. 3, 24 avril 2003, n° 01-17458, *B. III*, n° 82 ; *JCP* 2003, II, 10134, note R. Wintgen ; *D.* 2004, J. 450, note S. Chassagnard ; *RDC* 2003, 42, obs. D. Mazeaud ; *RTD civ.* 2003, 699, obs. J. Mestre et B. Fages ; Civ. 1, 12 juillet 2005, n° 04-15275 ; Com. 30 mai 2006, n° 04-15356, *CCC* 2006, *Comm.* 224, note L. Leveneur ; Com. 11 avril 2012, n° 11-15429, *B. IV*, n° 77 ; *D.* 2012, 1117, obs. X. Delpech ; *ibid.* 2013, 391, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki ; *JCP* 2012, 1151, obs. Y.-M. Serinet ; *Gaz. Pal.* 2 juin 2012, p. 23, obs. C. Houin-Bressand ; *RDC* 2012, 1175, obs. Y.-M. Laithier ; *RLDC* 2012/99, n° 4881, note Dupré ; *RTD com.* 2012, 381, obs. D. Legeais ; *ibid.* 608, obs. B. Bouloc ; C. Grimaldi « Retour sur l'erreur sur les motifs (de la nécessité de distinguer les fausses représentations des prévisions non réalisées) », *D.* 2012, 2822.

<sup>5</sup> Cf. Beudant et Lerebours-Pigeonnière, *op. cit.*, t. XII, par Percerou et Rodière, n° 367, selon lesquels les erreurs visées par les articles 2054, 2055 et 2057 du Code civil seraient des erreurs sur les motifs, normalement indifférentes, mais qui vicent exceptionnellement le consentement dans la transaction.

<sup>6</sup> A. Bénabent, *Droit des contrats civils et commerciaux*, 11ème éd., Lextenso, 2015, n° 1433, note 39 ; Gerbault, *op. cit.*, n° 18-20.

<sup>7</sup> Cf. *infra*.

<sup>8</sup> Mayer, *op. cit.*, n° 25 et suiv. : l'auteur en déduit que la règle de l'indifférence de l'erreur de droit en matière de transaction

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Panthéon-Assas  
Licence droit 3ème année Melun 2023-2024

vu, l'objet de la contestation est précisément le droit litigieux. Aussi importait-il de soigneusement distinguer l'erreur de droit de l'erreur sur les droits, pour reprendre les expressions de Jean Carbonnier<sup>1</sup>.

L'erreur n'entraînait la nullité de la transaction, par application de l'ancien article 2053, alinéa 1er, que pour autant qu'elle consistât en une erreur de fait, portant directement sur le droit litigieux, quand bien même elle induisait indirectement une erreur de droit chez la partie qui en est victime<sup>2</sup>. Il en allait un peu comme pour l'erreur sur les qualités essentielles de la prestation en droit commun : celle-ci vicie le consentement, bien qu'elle soit souvent à l'origine d'une erreur sur la valeur, en soi indifférente.

Il convenait de faire application de cette distinction à l'hypothèse particulière d'erreur sur l'objet de la contestation visée à l'ancien article 2054 du Code civil<sup>3</sup>. Ce texte énonçait : « *Il y a lieu également à l'action en rescision contre une transaction, lorsqu'elle a été faite en exécution d'un titre nul, à moins que les parties n'aient expressément traité sur la nullité.* »

Si la partie avait ignoré en fait la nullité du titre servant de fondement au droit litigieux, elle était recevable à demander la rescision de la transaction<sup>4</sup>. Il n'en allait autrement que si cette nullité du titre était l'objet même de la contestation éteinte par transaction, ce qui interdirait de revenir ultérieurement dessus, par le biais de l'invocation d'une erreur : de deux choses l'une, en effet : ou bien les parties avaient connu la nullité et il n'y avait pas d'erreur ; ou bien elles avaient abandonné leurs prétentions quant à cette nullité, qu'elles avaient envisagée comme un risque, et l'aléa chassait l'erreur. Si, au contraire, l'ignorance de la nullité du titre s'expliquait exclusivement par une erreur de droit, la partie qui en était victime était irrecevable à agir en rescision<sup>5</sup>.

Ainsi les anciens articles 2053, alinéa 1er, et 2054 du Code civil n'étaient-ils pas contradictoires. En effet, l'erreur sur le droit litigieux n'entraînait la nullité de la transaction, que si elle n'apparaissait pas simplement comme la conséquence d'une erreur sur la règle de droit, l'ancien article 2052, alinéa 2, du Code civil interdisant de prendre en considération cette dernière<sup>6</sup>.

Quant au dol<sup>7</sup> et à la violence<sup>8</sup>, loin d'être rares en la matière, ils sont des causes de nullité de la transaction, comme en droit commun<sup>9</sup>. La violence appelle toutefois quelques explications.

Comme on l'a vu précédemment, c'est, bien souvent, la crainte du procès qui détermine une partie à transiger. Mais si toute violence inspire la crainte, toute crainte ne résulte pas d'une violence, au sens où le droit civil l'entend. Pour vicier le consentement, en effet, la violence doit être illégitime<sup>10</sup>. Or l'exercice de voies de droit, ou la menace de les exercer est en principe légitime. Aux termes, en effet, de l'article 1141 du Code civil, codifiant une solution doctrinale et jurisprudentielle traditionnelle<sup>11</sup> : « *La menace d'une voie de droit ne constitue*

mériterait d'être abandonnée.

<sup>1</sup> J. Carbonnier, obs. *RTD civ.* 1959, 124 ; cf. Civ. 1, 8 mars 2012, n° 09-12246, préc.

<sup>2</sup> Civ. 3, 1er avril 1971, *B. III*, n° 242 ; Civ. 1, 29 mai 2001, n° 99-16753, *B. I*, n° 156 ; *D.* 2001, *J.* 2193, note P.-H. Soustelle ; *JCP* 2001, *I*, 356, n° 9, obs. Ph. Simler ; *RTD civ.* 2001, 909, obs. P.-Y. Gautier ; Civ. 1, 22 mai 2008, préc. : « *l'erreur ainsi caractérisée, fût-elle de droit, affecte l'objet de la contestation tel que défini par ladite transaction, de sorte que c'est sans encourir aucun des griefs du moyen que la cour d'appel a prononcé la rescision de celle-ci* » ; Civ. 1, 17 juin 2010, préc. ; *Com.* 11 septembre 2012, préc. ; *contra*, motif pris de ce que l'erreur serait de droit : Civ. sect. com. 27 octobre 1958, *B. III*, n° 365 ; *D.* 1958, *J.* 727 ; Civ. 1, 19 décembre 2000, n° 98-12015, *B. I*, n° 334 ; *D.* 2001, *J.* 2193, note P.-H. Soustelle ; *JCP* 2001, *I*, 356, n° 9, obs. Ph. Simler ; *RTD civ.* 2001, 381, obs. critiques P.-Y. Gautier ; Civ. 1, 25 mai 2005, n° 03-19507.

<sup>3</sup> Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. XI, par R. Savatier, n° 1062.

<sup>4</sup> Soc. 17 décembre 1986, n° 85-10341, *B. V*, n° 621 (décision, il est vrai, rendu directement sur le fondement de l'article 2053, alinéa 1er, du Code civil) ; Civ. 1, 17 juin 2010, n° 09-14144, *B. I*, n° 138 ; *RLDC* 2010/74, n° 3924, obs. C. Le Gallou.

<sup>5</sup> *Com.* 26 novembre 1957, préc.

<sup>6</sup> Larombière, *op. cit.*, t. I, art. 1110, com. n° 27 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*, t. XXIV, n° 1248 ; Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. IX, par R. Savatier, n° 1602 ; comp. Beudant et Lerebours-Pigeonnière, *op. cit.*, t. XII, par Rodière et Percerou, n° 365.

<sup>7</sup> Civ. 1, 13 janvier 1969, *B. I*, n° 21 : affaire où on était à la limite de la violence ; Civ. 2, 20 octobre 2005, n° 03-19895, *CCC* 2006, *comm.* n° 23, note L. Leveneur.

<sup>8</sup> Civ. 1, 17 juillet 1967, *B. I*, n° 263 ; Civ. 1, 30 mai 2000, n° 98-15242, *B. I*, n° 169 ; *D.* 2000, *J.* 879, note J.-P. Chazal ; *D.* 2001, *somm.* 1140, obs. D. Mazeaud ; *JCP* 20001, *II*, 10461, note G. Loiseau ; *CCC* 2000, *com.* n° 142, obs. L. Leveneur ; *RTD civ.* 2000, 827, obs. J. Mestre et B. Fages et 863, obs. P.-Y. Gautier : cassation, pour violation des articles 2052 et 2053 du Code civil, ensemble l'article 12 du Code de procédure civile, de l'arrêt qui écarte la demande en nullité d'une transaction fondée sur la contrainte économique, au motif que la transaction ne peut être attaquée pour lésion, « *alors que la transaction peut être attaquée dans tous les cas où il y a violence, et que la contrainte économique se rattache à la violence et non à la lésion* » ; Civ. 1, 4 février 2015, n° 14-10920, *D.* 2016, 566, obs. M. Mekki ; *RDC* 2015, 445, obs. E. Savaux : indemnité transactionnelle extorquée sous la menace, constitutive d'une contrainte économique, d'exercer une action en justice manifestement irrecevable. Sur l'exclusion de la lésion comme cause de rescision de la transaction, cf. *infra*.

<sup>9</sup> L'ancien article 2053, alinéa 2, du Code civil, que l'article 10 de la loi du 18 novembre 2016 a abrogé comme superflu, le rappelait expressément.

<sup>10</sup> Cf. par ex. Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *Les obligations*, n° 313.

<sup>11</sup> Le Code civil de 1804 n'énonçait pas expressément ce principe. Mais Pothier, notamment, l'avait affirmé, en le faisant remonter au droit romain (R.-J. Pothier, *Traité des obligations*, réimpr. Dalloz, 2011, préf. J.-L. Halpérin, n° 26). La doctrine classique (Ch. Aubry et Ch. Rau, *Cours de droit civil français*, t. IV, 6ème éd., 1943, par Bartin, § 343 bis ; C. Demolombe, *Cours de Code*

*pas une violence* ». Précisément, c'est bien l'emploi de voies de droit ou la menace d'y recourir qui détermine une partie à transiger, lorsqu'elle ne le fait pas par altruisme, sentiment aussi louable que rare. On peut se demander dès lors s'il y a place pour la violence comme vice du consentement en matière de transaction.

La transaction pourra néanmoins encourir l'annulation pour violence, dans deux cas principaux où, malgré les apparences, la partie qui a extorqué des concessions à l'autre, a agi de manière illégitime, injuste.

- La première est celle où, malgré les apparences, le contractant a commis des voies de fait, et non des voies de droit. A cette hypothèse, on peut assimiler celle où les voies de droit employées ou menacées d'être employées sont en réalité dépourvues de toutes chances de succès<sup>1</sup>, mais où la perspective d'affronter les affres d'une procédure a néanmoins déterminé l'autre partie à transiger. La violence économique entraîne en effet la nullité de la transaction, car elle se distingue de la lésion, où la partie a adhéré à une transaction déséquilibrée sans y être contrainte<sup>2</sup>. En incriminant l'abus de faiblesse, l'article 1143 du Code civil a fait de la violence économique, notamment, une cause de nullité du contrat en général.
- La seconde est celle de l'abus dans l'usage des voies de droit ou la menace de les exercer. Si, en effet, selon l'article 1141 du Code civil, la menace d'une voie de droit ne constitue pas, en principe, une violence, « *Il en va autrement lorsque la voie de droit est détournée de son but ou lorsqu'elle est invoquée ou exercée pour obtenir un avantage manifestement excessif.* » Bien que le texte n'emploie pas le terme « abus », ce que d'aucuns ont regretté<sup>3</sup>, la situation qu'il incrimine correspond à celle que la doctrine et la jurisprudence désignait jusque-là sous l'expression « *abus des voies de droit* »<sup>4</sup>. L'article 1141 consacre donc la jurisprudence antérieure. Ainsi, lorsque l'usage ou la menace d'user des voies de droit a déterminé une partie à conclure une transaction procurant à son cocontractant des avantages sans rapport ou hors de proportion avec l'engagement primitif, la transaction pourra être annulée pour violence.

- Contenu licite et certain

L'objet de la transaction, ou plus exactement des obligations réciproques auxquelles elle donne naissance, doit naturellement être déterminé, pour qu'elle soit valablement conclue<sup>5</sup>, conformément aux exigences de l'article 1163, alinéa 2, du Code civil.

Cet objet ne saurait déroger à l'ordre public (article 1162 du Code civil) d'où l'interdiction de transiger dans les matières d'ordre public<sup>6</sup>. C'est ce qui explique que, selon l'article 2046 du Code civil, la victime puisse transiger sur l'intérêt civil qui résulte d'un délit<sup>7</sup>, mais que la transaction conclue n'empêche pas la poursuite du ministère public.

*Napoléon*, t. XXIV, n° 147) avait fait de même et la jurisprudence en avait fait application dans plusieurs décisions (Cf. not. Civ. 1, 11 mars 1959, B. I, n° 151 ; Civ. 3, 17 janvier 1984, B. III, n° 13 ; Civ. 2, 8 septembre 2005, n° 04-12041, B. II, n° 213 ; RTD civ. 2006, p. 108, n° 3, obs. J. Mestre et B. Fages).

<sup>1</sup> Req. 19 février 1879, D. P. 79, 1, 445 ; S. 80, 1, 62 ; Civ. 1, 30 juin 1954, B. I, n° 224 ; J.C.P. 1954, II, 8325 : menace de dénonciation de faits de collaboration, dont la réalité est sujette à caution ; Civ. 1, 17 juillet 1967, B. I, n° 263 ; D. 1967, J. 509 ; Com. 28 mai 1991, B. IV, n° 180 ; D. 1992, J. 166, note P. Morvan ; RTD civ. 1992, p. 85, n° 6, obs. J. Mestre ; Rép. Defr. 1991, p. 1120, obs. L. Aynès ; Rép. Defr. 1992, art. 35212, n° 13, obs. J.-L. Aubert ; Civ. 1, 4 février 2015, n° 14-10920.

<sup>2</sup> Civ. 1, 30 mai 2000, n° 98-15242, B. I, n° 169 ; D. 2000, J. 879, note J.-P. Chazal ; D. 2001, somm. 1140, obs. D. Mazeaud ; JCP 20001, II, 10461, note G. Loiseau ; CCC 2000, com. n° 142, obs. L. Leveneur ; RTD civ. 2000, 827, obs. J. Mestre et B. Fages et 863, obs. P.-Y. Gautier : cassation de l'arrêt qui écarte la demande en nullité d'une transaction fondée sur la contrainte économique, au motif que la transaction ne peut être attaquée pour lésion, alors que la transaction peut être attaquée dans tous les cas où il y a violence et que la contrainte économique se rattache à la violence et non à la lésion ; Civ. 1, 4 février 2015, n° 14-10920 : annulation d'une convention prévoyant le versement d'une indemnité transactionnelle, au motif qu'elle avait été extorquée sous la menace, constitutive d'une contrainte économique, d'exercer une action en justice manifestement irrecevable.

<sup>3</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 335. Peut-être les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 ont-ils évité le terme abus, parce que celui-ci évoque uniquement l'exercice illégitime d'un droit, et non la seule menace illégitime de l'exercer. Or la violence est constituée dans les deux cas.

<sup>4</sup> Civ. 3, 13 janvier 1984 : la menace d'emploi des voies de droit cesse d'être légitime, « *s'il y a abus de cette voie de droit, soit en la détournant de son but, soit en en usant pour en obtenir une promesse ou un avantage sans rapport ou hors de proportion avec l'engagement primitif* ».

<sup>5</sup> Soc. 18 mai 1999, n° 97-40439, B. V, n° 222 : par application des anciens articles 1108 et 1126 du Code civil, nullité d'une transaction dont les dispositions contradictoires induisaient une absence d'objet certain

<sup>6</sup> Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. XI, par R. Savatier, n° 1575 et suiv.

<sup>7</sup> Cf. par ex. Civ. 1, 4 juin 2014, n° 12-20407.

La valeur de l'objet est, en revanche, indifférente à la validité du contrat. En effet, la lésion n'est pas une cause de rescision de la transaction<sup>1</sup>. L'article 1168 du Code civil prévoit, il est vrai, d'une façon générale, que le défaut d'équivalence entre les prestations n'est pas une cause de nullité du contrat synallagmatique, sauf exception légale. Mais, si on admet que la transaction est un contrat aléatoire, « *l'aléa chasse la lésion* »<sup>2</sup>. Quand bien même elle prendrait la forme d'un contrat exceptionnellement rescindable pour lésion, telle une vente immobilière, la transaction ne pourrait donc faire l'objet d'une rescision pour ce motif<sup>3</sup>.

Contrat à titre onéreux, la transaction n'est toutefois valable que si, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de la partie qui s'engage, n'est ni illusoire, ni dérisoire, afin de ne pas tomber sous le coup de la nullité prévue à l'article 1169 du Code civil. Il en résulte la nécessité, déjà soulignée, de concessions réciproques dans la transaction. Si, en effet, une des parties ne fait pas, malgré les apparences, de concessions dignes de ce nom, de sacrifice, la contrepartie convenue aux concessions de l'autre est illusoire ou dérisoire. Tel est le cas lorsqu'une partie à la transaction a cru à tort en l'existence des droits invoqués par l'autre<sup>4</sup> : celle-ci, en déclarant renoncer à des droits qu'elle ne possède en réalité pas, obtient des concessions sans contrepartie. La transaction encourt dès lors la nullité sur le fondement de l'article 1169 du Code civil, sauf à être requalifiée par le juge en un contrat à titre gratuit, s'il est établi que la volonté des parties était qu'une d'entre elles ne reçoive aucune contrepartie à son engagement (article 1107, alinéa 2, du Code civil). Dans cette hypothèse, celui qui s'engage n'est en effet pas convenu d'une contrepartie se révélant finalement fallacieuse ou chimérique, illusoire ou dérisoire.

Cependant, lorsque l'absence de concessions réciproques s'explique par le fait, qu'en raison d'une erreur de droit, une partie s'est trompée soit sur l'existence des droits de l'autre partie, leur nature ou leur étendue, soit sur ceux de ses propres droits, la transaction ne devrait pas, dans la rigueur des principes, encourir la nullité. En effet, on l'a vu précédemment, l'erreur de droit devrait être indifférente à la validité d'une transaction, comme l'énonçait jadis l'ancien alinéa 2 de l'article 2052, dès lors que, en éteignant par une transaction leur litige, comme un jugement l'aurait fait par application de la règle de droit (article 12, alinéa 1er, du Code de procédure civile), les parties se sont tacitement interdit d'en contester ultérieurement la rectitude juridique<sup>5</sup>. Or une partie ne saurait tourner ce principe, en se prévalant de l'absence de concessions réciproques consécutives à l'erreur de droit qu'elle a commise. Pourtant le raisonnement suivi par la Cour de cassation dans un arrêt récent sous-entend le contraire<sup>6</sup>. Il faudrait néanmoins que la solution soit affirmée plus nettement, pour qu'on puisse considérer la jurisprudence comme fixée.

Il resterait peut-être, malgré tout, la possibilité, pour la partie victime de l'erreur de droit, de se prévaloir du dol de son cocontractant, si celui-ci a surpris son consentement par des manœuvres ou des mensonges, voire par une dissimulation intentionnelle (article 1137, alinéas 1er et 2 du Code civil).

<sup>1</sup> L'ancien article 2052, alinéa 2, du Code civil l'indiquait expressément.

<sup>2</sup> Cf. les explications de Bigot de Préameneu dans sa présentation du titre XV du livre III au Corps législatif, in : *Fenet, op. cit.*, t. XV, p. 109. La rescision de la transaction pour lésion est exclue, quand bien même la lésion résulterait d'une erreur, selon un arrêt récent de la Cour de cassation : Civ. 1, 4 février 2015, n° 13-28524. Mais sans doute faut-il distinguer selon que l'erreur alléguée est en elle-même une cause de nullité de la transaction – erreur sur l'objet de celle-ci, par exemple – ou qu'elle est indifférente – erreur de droit, erreur sur la valeur, notamment : cf. Civ. 1, 29 octobre 1963, B. I, n° 463 ; Civ. 1, 22 mai 2008, n° 06-19643, B. I, n° 151 ; D. 2009, 272, note F. Ludwiczak ; CCC 2008, n° 225, obs. L. Leveneur ; *Dr. et patr.* février 2009, 126, obs. L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck.

<sup>3</sup> Marcadé et Pont, *op. cit.*, t. 2, n° 685 ; Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. XI, par R. Savatier, n° 1599, p. 1052, note 5. Ainsi l'ancien article 2052, alinéa 2, du Code civil, qui prévoyait que la transaction n'était pas rescindable pour lésion, n'était pas une simple redondance inutile. On doit dès lors déplorer l'abrogation de ce texte, car il permettait d'exclure la rescision pour lésion dans tous les cas, y compris ceux où le droit commun l'admet exceptionnellement. Désormais la solution doit être déduite directement du caractère aléatoire de la transaction. Mais tous les auteurs n'admettent pas ce caractère : la doctrine majoritaire considère même plutôt que le contrat serait commutatif.

<sup>4</sup> Civ. 1, 13 décembre 1972, n° 71-10219, B. I, n° 290 : erreur sur l'existence même de la créance objet de la contestation, et non pas simplement sur le montant dont le demandeur à l'annulation aurait été débiteur envers l'autre partie ; Com. 11 septembre 2012, n° 10-26942 : « *le règlement transactionnel conclu par les parties reposait sur une erreur relative à l'existence d'une contrefaçon et que cette erreur portait sur l'objet même de la contestation, le délit douanier s'étant révélé inexistant, la cour d'appel en a déduit à bon droit que la transaction litigieuse était entachée de nullité* ».

<sup>5</sup> Cf. *supra* : « consentement ».

<sup>6</sup> Civ. 1, 16 juin 2021, n° 19-21567 (B), préc. ; CCC août 2021, *comm.* 130, note L. Leveneur.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Panthéon-Assas  
Licence droit 3ème année Melun 2023-2024

Hormis l'hypothèse où l'accord conclu était, en réalité, à titre gratuit, de deux choses l'une : ou bien la transaction est un contrat aléatoire ou bien elle est un contrat commutatif. Les auteurs sont divisés sur la question, on l'a vu. Cependant, dans les deux cas, l'absence des droits invoqués par une partie entraîne la nullité de la transaction, par application de l'article 1169 du Code civil, sous réserve de l'interdiction de se prévaloir de l'erreur de droit, si la Cour de cassation décidait finalement, à juste raison, de la maintenir, malgré l'abrogation de l'alinéa 2 de l'article 2052.

Si la transaction est un contrat aléatoire, l'aléa constitue la contrepartie de l'engagement. Or la partie qui renonce à des droits dont elle était, en réalité, dépourvue, ne court aucun risque de perte, car le juge ne lui aurait pas reconnu ces droits. Faute d'aléa, la transaction est donc nulle<sup>1</sup>. Si la transaction est un contrat commutatif, les concessions d'une partie ne trouvent pas leur contrepartie dans de véritables concessions de l'autre. La transaction est ainsi pareillement nulle<sup>2</sup>. Pour autant, les concessions n'ont pas besoin d'être équivalentes, rappelons-le, puisque la transaction n'est pas rescindable pour lésion.

La jurisprudence antérieure dérivait l'exigence de concessions réciproques de l'existence nécessaire d'une cause de l'obligation, appelée encore cause-contrepartie en doctrine. Selon sa définition traditionnelle dans les contrats synallagmatiques, en effet, la cause de l'obligation de l'un est l'objet de l'obligation de l'autre. Si, donc, dans une transaction, l'une des parties ne consent aucune concession, la cause de l'obligation de l'autre fait défaut.

Mais, depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016, la cause n'est plus une condition de validité du contrat. Si l'exigence de concessions réciproques pour la validité de la transaction demeure, elle ne peut donc plus être déduite de la nécessité d'une cause à l'obligation. Elle doit être désormais fondée directement sur l'article 1169 du Code civil, frappant de nullité le contrat à titre onéreux, lorsque la contrepartie convenue est illusoire ou dérisoire.

### χ) Conditions de forme

L'article 2044, alinéa 2, du Code civil, énonce que la transaction doit être établie par écrit. Cependant on s'accorde à ne voir qu'une exigence de preuve dans cette disposition. Celle-ci doit en effet être regardée comme une application particulière du principe énoncé par l'article 1359 du Code civil<sup>3</sup>, selon lequel la preuve des actes juridiques, si elle est contestée, doit être rapportée par écrit<sup>4</sup>. Ainsi la transaction est-elle un contrat consensuel, et non pas solennel.

Il en va toutefois autrement dans certaines matières, où la loi, exceptionnellement, a prescrit la rédaction d'un écrit à peine de nullité. C'est le cas dans les procédures en divorce, lorsque la transaction porte sur des biens immobiliers<sup>5</sup>. Quant à la transaction conclue après un accident de la circulation, la loi du 5 juillet 1985 l'a soumise à un régime particulier, soumettant la proposition de l'assureur d'indemnisation des dommages subis par la victime à certaines exigences de forme<sup>6</sup>. La victime peut dénoncer la transaction dans les quinze jours de sa conclusion<sup>7</sup>. La loi lui reconnaît ainsi un véritable droit de rétractation.

### c. Effets de la transaction

Pour reprendre l'expression de M. Bénabent, la transaction est un « *contrat-jugement* »<sup>8</sup>. Sa nature hybride entraîne des effets d'ordre contractuel et des effets d'ordre judiciaire.

#### α) Effets d'ordre contractuel

En tant que contrat, la transaction a force obligatoire entre les parties, qui doivent exécuter les obligations qu'elle renferme. Ces obligations peuvent être des obligations de faire, par exemple un désistement d'instance, la remise de documents ou de biens litigieux. Elles peuvent aussi

<sup>1</sup> Bénabent, *op. cit.*, 13ème éd., 2019, n° 1000.

<sup>2</sup> L. Boyer « Transaction », *in* : *Rép. civil*, n° 22.

<sup>3</sup> Ancien article 1341, alinéa 1er, du Code civil.

<sup>4</sup> Civ. 1, 18 mars 1986, n° 84-16817, *B. I.*, n° 74 ; *adde* : Civ. 3, 6 février 1973, n° 71-12511, *B. III.*, n° 104 ; Civ. 1, 10 octobre 1995, n° 93-15626, *B. I.*, n° 360 ; *RTD civ.* 1996, 643, obs. P.-Y. Gautier. Bénabent, *op. cit.*, n° 1006 ; Malaurie, Aynès et Gautier, *op. cit.*, n° 1118 ; Raynard et Seube, *op. cit.*, n° 611. Du reste, rédigé en termes tout aussi catégorique que l'article 2044, alinéa 2 – « *Il doit être passé acte devant notaires ou sous signatures privées...* » –, l'ancien article 1341, alinéa 1er, avait toujours été compris comme n'édictant qu'une règle de preuve. Il n'y avait donc aucune raison d'entendre différemment l'article 2044, alinéa 2 (Marcadé et Pont, *op. cit.*, t. IV, n° 502).

<sup>5</sup> Article 265-2, alinéa 2, du Code civil : la convention ne peut être valablement conclue entre les époux que devant notaire.

<sup>6</sup> Articles L. 211-9 et suiv. du Code des assurances, article L. 211-16 (droit de rétractation). *Cf.* Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, n° 723 et suiv.

<sup>7</sup> Article L. 211-16 du Code des assurances.

<sup>8</sup> Bénabent, *op. cit.*, n° 1009. Si les parties la faisaient homologuer par le juge, elle deviendrait même un contrat judiciaire (sur cette notion, *cf. infra* : 3ème partie « Le dénouement du procès », titre I « Le jugement », chap. I « Notion de jugement »).



consister dans le paiement une somme d'argent. La transaction peut encore prévoir le transfert de la propriété d'un bien : par exemple, le vendeur d'un animal malade transige avec l'acquéreur en lui fournissant un autre animal<sup>1</sup>. L'inexécution par une des parties de ses obligations engage sa responsabilité contractuelle et ouvre au cocontractant la palette d'options de l'article 1217 du Code civil, notamment un choix entre l'exécution forcée et la résolution judiciaire de la transaction.

Conformément au principe de l'effet relatif des contrats posé par l'article 1199 du Code civil, la transaction n'a point d'effet obligatoire envers les tiers<sup>2</sup>. Toujours conformément au droit commun (article 1200 du Code civil), la transaction est néanmoins opposable aux tiers en tant que fait juridique. Ceux-ci pourront donc opposer ou se voir opposer la situation juridique née de la transaction : par exemple l'assureur pourra opposer à la victime d'un sinistre la transaction que celle-ci a conclue avec le responsable du dommage sur le montant de l'indemnité<sup>3</sup>.

### β) Effets d'ordre judiciaire

La transaction a un effet extinctif et un effet déclaratif.

Aux termes mêmes de l'article 2044, alinéa 1er, du Code civil, par la transaction, les parties « *terminent une contestation* ». Pour ce qui est des droits sur lesquels les parties ont transigé, la transaction éteint donc la contestation, comme le ferait un jugement. On peut parler d'autorité de la chose transigée<sup>4</sup>.

En conséquence, comme l'énonce l'article 2052 du Code civil, en sa rédaction issue de l'article 10 de la loi du 18 novembre 2016, « *La transaction fait obstacle à l'introduction ou à la poursuite entre les parties d'une action en justice ayant le même objet.* »

L'ancien article 2052, alinéa 1er, du Code civil énonçait plus crûment que « *Les transactions ont, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort* »<sup>5</sup>. Mais la formule avait été critiquée, car elle avait, au mieux, la valeur d'une analogie. Par hypothèse, en effet, lorsqu'une transaction est conclue, rien n'a été jugé. En outre, affirmer que l'autorité de chose jugée attachée à la transaction l'était en dernier ressort pouvait être source de confusion.

Il ne fallait effectivement pas interpréter ce texte *a contrario*, en déduisant de ses termes que la transaction pourrait être frappée d'un pourvoi en cassation, à l'instar d'une décision de justice rendue en dernier ressort. Voie de recours extraordinaire, le pourvoi en cassation n'est ouvert qu'à titre exceptionnel, à l'encontre des décisions de justice rendue en dernier ressort. On ne saurait donc étendre son domaine d'application, par un raisonnement par analogie consistant à assimiler une transaction à une décision de justice. Aussi le pourvoi en cassation formé contre une transaction est-il irrecevable<sup>6</sup>.

Comme l'article 2052 du Code civil l'énonce, l'effet extinctif de la transaction se manifeste différemment, selon que la transaction a été conclue avant tout procès ou en cours de procès.

- Si le procès était en cours, la transaction a pour effet de dessaisir le juge du litige. Celui-ci constate alors l'extinction de l'instance, par une décision de dessaisissement (article 384, alinéa 1er et 2, du Code de procédure civile).
- Si aucun procès n'avait encore été engagé, toute action relative à la contestation réglée par la

<sup>1</sup> Bénabent, *op. cit.*, n° 1010.

<sup>2</sup> L'ancien article 2051 du Code civil en tirait cette conséquence que, lorsqu'un droit intéresse plusieurs personnes, la transaction conclue par l'une d'elle n'a pas d'effet envers les autres (*cf.* les explications de Bigot de Préameneu, *in* : Fenet, *op. cit.*, t. XV, p. 108). L'article 10 de la loi du 18 novembre 2016 a abrogé cette disposition, jugée inutile.

<sup>3</sup> Civ. 1, 23 juin 1998, *B. I.*, n° 224. Dans le même sens, reconnaissant à une caisse primaire d'assurance-maladie le droit de se prévaloir, en tant que fait juridique, d'une transaction conclue entre la victime et l'auteur du dommage, à l'appui de son recours subrogatoire contre ce dernier après indemnisation de la victime : Civ. 1, 21 avril 2022, n° 20-17185 (B).

<sup>4</sup> G. Deharo, « L'autorité de la chose transigée en matière civile », *Gaz. Pal.* 1er déc. 2005, n° 335, p. 2 et suiv.

<sup>5</sup> Soc. 7 février 1968, *B. V.*, n° 90.

<sup>6</sup> Civ. 1, 19 décembre 1960, *préc.* *Cf. supra* : b. « Conclusion de la transaction », β) « Conditions de fond », ▪ « Consentement », Indifférence de l'erreur de droit.

transaction serait irrecevable<sup>1</sup>. Il en irait cependant différemment si la transaction était annulée<sup>2</sup>, résolue<sup>3</sup> ou même simplement inexécutée<sup>4</sup> : l'effet extinctif attaché à la transaction disparaîtrait alors, si bien que le droit d'agir renaîtrait de ses cendres.

Que la transaction ait été conclue avant tout procès ou bien en cours de procès, le juge conserve néanmoins le pouvoir de donner à la transaction, à la demande de l'ensemble des parties ou de la plus diligente d'entre elles, la force exécutoire, dont elle est, par définition même, dépourvue (articles 384, alinéa 3, 1565 et 1567 combinés du Code de procédure civile)<sup>5</sup>. Conformément à l'article L. 111-3, 1°, du Code des procédures civiles d'exécution, ce jugement constitue un titre exécutoire<sup>6</sup>, permettant à chacune des parties de poursuivre l'exécution forcée de la transaction, si nécessaire.

En homologuant une transaction, le juge se borne à constater l'accord des parties pour mettre fin à leur litige. Dans l'opinion traditionnelle<sup>7</sup>, actuellement il est vrai contestée<sup>8</sup>, il n'accomplit donc pas, à proprement parler, un acte juridictionnel, au sens où on l'entend habituellement en droit judiciaire privé. Ainsi l'homologation judiciaire de la transaction n'est-elle pas un jugement tranchant une contestation et revêtu, à ce titre, de l'autorité de la chose jugée<sup>9</sup>, mais un contrat judiciaire.

Du moins en est-il ainsi, lorsque l'ensemble des parties a sollicité l'homologation judiciaire de la transaction ou que la partie qui l'a demandée, a reçu mandat de toutes les autres. La décision d'homologation n'est alors susceptible d'aucun recours<sup>10</sup>, car l'ouverture d'un recours tendrait à remettre en question une autorité de la chose jugée dont elle est justement dépourvue.

<sup>1</sup> Cf. Civ. 1, 28 mars 2018, n° 17-11628, *B. I.*, n° 59 ; *Procédures* n° 6, juin 2018, *comm.* 177, Y.-M. Strickler. Sous l'empire de l'ancien article 2052 du Code civil attribuant l'autorité de la chose jugée en dernier ressort à la transaction, la jurisprudence énonçait que l'action se heurtait à la fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée, visée par l'article 122 du Code de procédure civile (cf. par ex. Civ. 1, 10 décembre 2014, n° 13-28240 ; Soc. 4 février 2015, n° 13-27681 ; Civ. 2, 5 mars 2015, n° 14-14151 et 14-15646). Mais, désormais, l'article 2052 n'énonce plus que la transaction a autorité de la chose jugée en dernier ressort. En effet, la transaction n'est pas un jugement.

<sup>2</sup> Soc. 30 novembre 2011, n° 10-21119, *B. V.*, n° 283, *a contrario*.

<sup>3</sup> Soc. 7 juin 1989, n° 86-43012, *B. V.*, n° 428. La demande en résolution de la transaction pour inexécution est toutefois irrecevable, lorsque l'obligation incombant à la partie défaillante consiste dans le paiement échelonné d'une somme d'argent et que, postérieurement à la conclusion de la transaction, cette partie vient à être soumise à une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire. En effet, la transaction est alors considérée comme un contrat en cours au sens du droit des entreprises en difficulté, si bien que le cocontractant non seulement ne peut demander la résolution, mais encore doit remplir ses propres obligations, sans pouvoir se prévaloir de la défaillance de son débiteur (articles L. 622-13, I, L. 631-14, alinéa 1er et L. 641-11-1, I, du Code de commerce) pour prétendre écarter l'autorité de la chose jugée attachée à la transaction : Civ. 1, 10 septembre 2015, n° 14-20917, *B. I.*, n° 198 ; *Gaz. Pal.* 19 janvier 2016, p. 60, note F. Kenderian ; *RTD civ.* 2015, 897, obs. P.-Y. Gautier ; *RTD com.* 2016, 329, obs. A. Martin-Serf.

<sup>4</sup> Com. 25 octobre 1965, *B. III.*, n° 523 ; Com. 24 novembre 1982, n° 80-15771, *B. IV.*, n° 373 ; Civ. 1, 12 juillet 2012, n° 09-11582, *B. I.*, n° 173 ; *CCC* 2012, n° 250, obs. L.L. ; *RTD civ.* 2013, 138, obs. P.-Y. Gautier ; *RDC* 2013, 83, obs. Y.-M. Laithier : action du créancier recevable, bien que la résolution judiciaire de la transaction n'ait pas été prononcée, dès lors que le juge en avait constaté l'inexécution.

<sup>5</sup> Civ. 2, 12 juin 1991, n° 90-14841, *B. II.*, n° 183 ; *D.* 1992, *J.* 320, note Durieux.

<sup>6</sup> Civ. 2, 3 février 2022, n° 20-15420 (B).

<sup>7</sup> P. Julien et J.-B. Racine « Difficultés soulevées par les articles 1441-4 et 1015 du NCPC », *D.* 2008, 129 et suiv. ; G. Wiederkehr « Le rôle de la volonté dans les actes judiciaires », in : *Etudes à la mémoire du professeur Alfred Rieg*, Bruylant 2000, 883 et suiv., spéc. 893 ; X. Vuitton « Quelques réflexions sur l'office du juge de l'homologation dans le livre V du Code de procédure civile », *RTD civ.* 2019, 771 et suiv. Cf. *infra* : troisième partie « Le dénouement du procès », titre I « Le jugement », chap. I « Notion de jugement ».

<sup>8</sup> Chainais et alii, *op. cit.*, n° 1126 ; Th. Goujon-Béthan, *L'homologation par le juge. Essai sur une fonction juridictionnelle*, thèse Université Côte d'Azur, dir. N. Fricero, 2019, n° 132.

<sup>9</sup> Cf. Civ. 2, 28 septembre 2017, n° 16-19184, *B. II.*, n° 190 ; *D.* 2018, 692, obs. N. Fricero ; *ibid.* 1223, obs. A. Leborgne ; *RTD civ.* 2018, 220, obs. N. Cayrol ; *RD. banc. fin.* 2017, *comm.* 262, obs. S. Piédelièvre : « l'homologation d'un accord transactionnel, qui a pour seul effet de lui conférer force exécutoire, ne fait pas obstacle à une contestation de la validité de cet accord devant le juge de l'exécution ». En effet, aux termes de l'article L. 213-6 du Code de l'organisation judiciaire, le juge de l'exécution est compétent à titre exclusif « pour connaître des difficultés relatives aux titres exécutoires et des contestations qui s'élèvent à l'occasion de l'exécution forcée, même si elles portent sur le fond du droit ». Cependant, s'il est compétent pour connaître des difficultés relatives aux jugements, titres exécutoires par excellence, même si elles portent sur le fond du droit, le juge de l'exécution n'a, en revanche, pas le pouvoir, à cette occasion, de modifier le dispositif du jugement dont une partie poursuit l'exécution forcée, sans porter atteinte à l'autorité de la chose jugée attachée à ce jugement et ainsi violer l'article 480, alinéa 1er, du Code de procédure civile (Civ. 1, 9 avril 2014, n° 12-23022, *B. I.*, n° 64 ; *D.* 2014, *Actu* 928). En permettant au juge de l'exécution de connaître d'une contestation relative à la validité d'une transaction homologuée, la Cour de cassation dénie donc la nature d'un jugement assorti de l'autorité de la chose jugée à la décision d'homologation. Dans le même sens, plus généralement, sur la possibilité de contester la validité d'une transaction homologuée : Civ. 2, 14 septembre 2022, n° 17-15388 (B).

<sup>10</sup> Civ. 2, 1er septembre 2016, n° 15-22915, *B. II.*, n° 199 ; *D.* 2016, 1758 ; *RTD civ.* 2016, 883, obs. P.-Y. Gautier.

Les dispositions du Code des procédures civiles d'exécution confirment, en tant que de besoin, cette analyse traditionnelle, que la jurisprudence a faite sienne. En effet, énumérant limitativement les titres exécutoires, permettant à un créancier, selon les articles L. 111-1, alinéa 1er, et L. 111-2 de ce code, de poursuivre l'exécution forcée de l'obligation sur les biens du débiteur, l'article L. 111-3, 1°, dudit code vise distinctement « *les décisions des juridictions de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif lorsqu'elles ont force exécutoire* », d'une part, et « *les accords auxquels ces juridictions ont conféré force exécutoire* ». Ainsi, selon le législateur lui-même, l'homologation judiciaire d'une transaction ne constitue-t-elle pas une décision de justice, au sens technique que l'expression revêt en procédure civile.

En revanche, lorsqu'une partie a sollicité unilatéralement, puis obtenu l'homologation de la transaction, tout intéressé peut en référer au juge, selon les articles 1566, alinéa 2, et 1567 du Code de procédure civile combinés. L'autre partie ou un tiers peut donc assigner en référé la partie ayant obtenu l'homologation devant le juge qui y a procédé, aux fins de rétractation de cette homologation. Mais encore faut-il que l'intéressé justifie sa demande en rétractation, par exemple en contestant la validité de la transaction homologuée. Le juge se prononcera alors à l'issue d'un débat contradictoire.

Enfin, si le juge refuse l'homologation de la transaction sollicitée par les parties ou l'une d'entre elles, sa décision peut faire l'objet d'un appel, jugé selon la procédure gracieuse (articles 1566, alinéa 3 et 1567 du Code de procédure civile combinés). Le délai d'appel est alors de quinze jours (article 538 du Code de procédure civile), courant à compter de la notification de la décision de refus d'homologation aux parties (article 528, alinéa 1er, du Code de procédure civile).

Selon les articles 2048 et 2049 du Code civil, l'autorité de chose transigée ne s'étend qu'aux droits litigieux éteints : elle ne concerne que le différend auquel la transaction a mis fin<sup>1</sup>. Il en va donc de même que pour l'autorité de la chose jugée d'une décision, limitée à l'objet des prétentions (article 1355 du Code civil).

Comme l'article 2049 le précise, pour déterminer l'étendue du différend compris dans la transaction, il convient de s'attacher à « *l'intention* » des parties, soit qu'elles l' « *aient manifesté par des expressions spéciales ou générales, soit que l'on reconnaisse cette intention par une suite nécessaire de ce qui est exprimé.* » On retrouve ici le caractère conventionnel de la transaction. Ainsi, en cas de contestation sur la portée d'une transaction, il appartient au juge saisi de rechercher la volonté des parties, que celle-ci résulte de la lettre de l'accord<sup>2</sup> ou qu'elle en soit une suite nécessaire.

L'article 2049 du Code civil évoquait déjà le célèbre article 1135 ancien du même Code, aux termes duquel « *Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature* » Il évoque encore davantage l'actuel article 1194 du Code civil. En effet, celui-ci reprend la règle de l'article 1135, tout en en modifiant légèrement la formulation, pour tenir compte qu'un contrat ne crée pas toujours des obligations, mais peut aussi les modifier, les transmettre ou les éteindre<sup>3</sup>, ce qui est le cas de la transaction : « *Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé,*

<sup>1</sup> Civ. 1, 16 septembre 2010, n° 09-13608 ; Civ. 3, 11 avril 2019, n° 18-16061 (P) ; Civ. 3, 4 juillet 2019, n° 18-16731.

<sup>2</sup> Pour des applications : Civ. 1, 24 octobre 2019, n° 18-18253 18-18586 ; Civ. 2, 16 janvier 2020, n° 18-17677 ; Civ. 2, 4 mars 2021, n° 19-16859 (P).

<sup>3</sup> Article 1101 du Code civil : « *Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations.* » Dans la terminologie de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, la définition du contrat correspond à ce qu'une partie de la doctrine appelait naguère une convention. En effet, elle définissait le contrat comme un accord de volontés destiné à créer des obligations, en le considérant comme une espèce relevant d'un genre plus large, la convention, accord de volontés destiné à produire un effet de droit quelconque, aussi bien de créer, que d'éteindre, modifier ou transmettre une obligation (Carbonnier, *Droit civil*, t. II, n° 930). Mais, pour les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016, la convention est une notion encore plus large, puisqu'elle est un accord de volontés destiné à produire des effets de droit, y compris autres que la création, l'extinction, la transmission ou la modification d'obligations (articles 1100-1, alinéa 1er et 1101 combinés ; *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance* ; Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 67 ; Deshayes, Genicon et Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (Commentaire article par article)*, art. 1101 ; Cl. Brenner « Source des obligations dans le Code civil rénové : passage à l'acte ou acte manqué ? », *JCP* 2016, n° 18, 2 mai 2016, 524, 2 « Les définitions et renvois »). Par exemple, au sens de l'ordonnance, un accord de volontés destinés à créer ou modifier une servitude, droit réel, est une convention, mais non un contrat. Cette terminologie tend à exprimer, en des termes différents, la distinction doctrinale de la force obligatoire du contrat et de son contenu obligationnel (P. Ancel « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999, 771 et suiv. ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, 5ème éd., Larcier, 2020, n° 603 et suiv. ; Andreu et Thomassin, *Cours de droit des obligations*, n° 456).

*mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi ».*

De l'article 2049, la Cour de cassation déduit que les parties ont pu vouloir implicitement englober, dans leur transaction, le règlement d'éventuels différends autres que celui auquel la transaction a directement mis fin<sup>1</sup>. Cette solution ne paraît pourtant guère conciliable avec les termes de l'article 2048 précité, selon lequel l'objet de la transaction « *ne s'entend que de ce qui est relatif au différend qui y a donné lieu* ». Aussi peut-on hésiter à l'approuver.

La transaction a, en outre, un effet déclaratif des droits dont elle consacre l'existence. Elle opère comme un jugement, en ce sens qu'elle ne crée ni ne transfère des droits, mais se borne à reconnaître l'existence de droits préexistants. Elle n'a donc pas d'effet novatoire<sup>2</sup>. Ainsi, par exemple, une transaction sur un droit de propriété n'opère pas transfert de propriété au profit de la partie à laquelle elle reconnaît le droit : cette partie est censée avoir été propriétaire dès l'origine.

## 2. Les modes alternatifs de règlement des différends<sup>3</sup>

A l'instar de nombreux autres contrats, la transaction est précédée de pourparlers entre les parties, destinés à en préparer la conclusion. Mais ces négociations directes se révèlent souvent laborieuses, car les parties ont une vision unilatérale du différend qui les oppose et souvent les avocats qui les assistent, également<sup>4</sup>. Le législateur contemporain a donc imaginé divers procédés destinés à faciliter la résolution amiable du litige, auxquels on donne le nom de modes alternatifs de règlement des différends (M.A.R.D.). Le Code de procédure civile en reconnaît et régit trois : la conciliation, la médiation et la procédure participative.

On traitera successivement des caractéristiques communes à tous les M.A.R.D., des différents M.A.R.D. et enfin des incitations légales à y recourir en droit contemporain.

### a. Caractéristiques générales des M.A.R.D.

Les modes alternatifs de règlement des différends n'englobent que les modes extrajudiciaires de résolution des conflits, le cas échéant sous l'égide d'un tiers neutre, à l'exception de l'arbitrage. Ils présentent l'avantage de la rapidité et d'un faible coût. Ils supposent que les parties privilégient le dialogue à l'application stricte de la loi.

Les modes alternatifs de règlement des différends n'englobent que les modes extrajudiciaires de résolution des conflits, le cas échéant sous l'égide d'un tiers neutre, à l'exception de l'arbitrage. Ils présentent l'avantage de la rapidité et d'un faible coût. Ils supposent que les parties privilégient le dialogue à l'application stricte de la loi.

Les M.A.R.D. ne sont donc pas des alternatives à la transaction. Certes, celle-ci pourrait en être l'aboutissement, lorsque le recours à un M.A.R.D. a permis de dégager un accord<sup>5</sup>. Mais l'accord auquel les parties à un M.A.R.D. sont parvenues, n'a pas en soi les caractères et les effets d'une transaction. Les articles 1565 et 1567 du Code de procédure civile distinguent en effet l'accord conclu entre les parties à un M.A.R.D. et la transaction intervenue sans le recours préalable à un M.A.R.D., tout en précisant qu'ils peuvent l'un et l'autre, selon la même procédure, être homologués judiciairement. Plus précisément, l'article 1565 parle de « *L'accord auquel sont parvenus les parties à une médiation, une conciliation une procédure participative* », sans employer le mot

<sup>1</sup> Ass. plén. 4 juillet 1997, n° 93-43375, B. plén., n° 10 ; BICC 1er novembre 1997, concl. Monnet ; D. 1998, J. 101, note D. Boulmier ; JCP 1997, II, 22952, note D. Carrignan-Corsin ; JCP 1998, I, 119, obs. D. Houerrou ; RTD civ. 1998, 134, obs. P.-Y. Gautier ; Soc. 5 novembre 2014, n° 13-18984, B. V, n° 260 ; Soc. 11 janvier 2017, n° 15-20040, B. V, n° 7.

<sup>2</sup> Civ. 1, 21 janvier 1997, n° 94-13826 94-13853, B. I, n° 25.

<sup>3</sup> N. Fricero et alii, *Le guide des Modes Amiables de Résolution des Différends (MARD) 2017-2018*, Dalloz, 2017 ; Croze, *op. cit.*, n° 29 et suiv. ; Strickler et Varnek, *op. cit.*, n° 316 et suiv. ; Douchy-Oudot, *op. cit.*, n° 69 et suiv. ; Cornu et Foyer, *op. cit.*, n° 8, p. 48 et suiv. ; N. Fricero et P. Julien, *Procédure civile*, 5ème éd., Lextenso Éditions, 2014, n° 1006 et suiv. ; Cadet et Jeuland, *op. cit.*, n° 408 et suiv. ; P. Chevalier, Y. Desdevises, Ph. Milburn (ss. la dir. de), *Les modes alternatifs de règlement des litiges : les voies nouvelles d'une autre justice*, La documentation française, 2003 ; Grimaldi, Jarrosson, Cornu et alii, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, RIDC 1997, p. 311 et suiv. ; J. Joly-Hurard, *Conciliation et médiation judiciaires*, préf. S. Guinchard, PUAM, 2003 ; X. Lagarde « Le droit processuel et les modes alternatifs de règlement des litiges », *Rev. arb.* 2001, 423 et suiv. ; L. Cadet « La médiation, une justice sans juge ? », in : *Liberté, justesse, autorité – Mélanges en l'honneur du professeur Laurent Aynès*, Lextenso LGDJ, 2019.

<sup>4</sup> Carbonnier, *op. cit.*, t. I, n° 89, p. 160.

<sup>5</sup> Ch. Jarrosson « Les modes alternatifs de règlement des conflits : présentation générale », RIDC 1997, p. 325 et suiv., n° 19 ; G. Cornu « Les modes alternatifs de règlement des conflits : rapport de synthèse », RIDC 1997, p. 313 et suiv., p. 323.

« transaction ». Quant à la première phrase de l'article 1567, elle est ainsi rédigée : « *Les dispositions des articles 1565 et 1566 sont applicables à la transaction conclue sans qu'il ait été recouru à une médiation, une conciliation ou une procédure participative.* »

Cette dernière disposition semble, il est vrai, susceptible de deux interprétations. De prime abord, on pourrait être tenté de comprendre le texte en ce sens que le législateur aurait entendu distinguer la transaction conclue sans le recours à un M.A.R.D. de celle conclue par les parties à un M.A.R.D. Cependant, le législateur a pris soin, dans l'article 1565, de ne pas employer le terme de transaction à propos de l'accord conclu par les parties à un M.A.R.D. Une autre interprétation de la première phrase de l'article 1567 apparaît dès lors plus plausible. Le législateur a en effet sans doute voulu dire que, si une transaction peut être conclue sans le recours à un M.A.R.D., inversement l'accord passé entre les parties à un M.A.R.D., résolvant à l'amiable leur différend, peut ne pas revêtir les caractères d'une transaction, tout en n'en liant pas moins les parties, à raison de la force obligatoire attachée à tout contrat par l'article 1103 du Code civil.

Que l'accord auquel les parties sont parvenues les parties à une médiation, une conciliation ou une procédure participative puisse éventuellement, d'après cette interprétation des textes précités, ne pas revêtir les caractères d'une transaction fait courir des risques au justiciable<sup>1</sup>. En effet, aux termes de l'article 2044, alinéa 1er, du Code civil, on s'en souvient, la transaction doit obligatoirement comporter des concessions réciproques des parties. Rien ne tel n'est, en revanche, prévu au sujet de l'accord conclu entre les parties à l'issue d'un M.A.R.D. Celui-ci risque donc être conclu moyennant un abandon unilatéral de droit sans contrepartie, de la part de la partie la plus faible ou la plus influençable, que le tiers chargé de concilier les parties ne cherchera pas nécessairement à protéger contre elle-même.

Aux termes de l'article 1169 du Code civil, il est vrai, un contrat à titre onéreux encourt la nullité, lorsque la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage, est illusoire ou dérisoire. Or l'exigence de concessions réciproques des parties, inscrites à l'article 2044, alinéa 1er, du Code civil, ne constitue rien d'autre qu'une application de ce principe général au contrat spécial de transaction.

Il n'en faudrait cependant pas conclure que l'accord auquel les parties sont parvenues, à l'issue de la mise en œuvre d'un M.A.R.D., encourt la nullité dès lors qu'une des parties renonce à ses droits sans contrepartie. En effet, l'article 1169 du Code civil ne frappe de nullité que les contrats à titre onéreux dépourvus de contrepartie réelle au profit de celui qui s'engage. Un tel accord est donc valable s'il peut tomber sous la qualification de contrat à titre gratuit, parce que l'une des parties, selon les termes de l'article 1107, alinéa 2, du Code civil, « *procure à l'autre un avantage sans attendre ni recevoir de contrepartie* »<sup>2</sup>. Ainsi un M.A.R.D. peut-il conduire à un accord amiable ayant force obligatoire pour les parties, malgré l'absence de réciprocité dans les concessions, pourvu que les parties n'aient pas entendu lui conférer les caractères d'une transaction<sup>3</sup>, par définition conclue à titre onéreux.

Le risque est d'autant plus grand que le juge, auquel l'accord est soumis pour homologation, afin de lui conférer la force exécutoire dont il est dépourvu, ne peut en modifier les termes, selon l'article 1565, alinéa 2, du Code civil. A moins, peut-être, que les parties n'aient qualifié inexactement leur accord de transaction, alors qu'il ne comportait pas de concessions réciproques, le juge ne pourra donc que l'homologuer, à la demande des parties ou de l'une d'entre elles.

Bien qu'ils impliquent, pour certains d'entre elles, l'intervention d'un tiers, les M.A.R.D. doivent être soigneusement distingués de l'arbitrage<sup>4</sup>. En effet, le médiateur ou le conciliateur ne fait qu'aider les parties à résoudre amiablement leur litige : la résolution de celui-ci est toujours le fruit d'un accord entre les parties. Au contraire, dans l'arbitrage, l'accord des parties se limite à choisir de faire trancher leur différend par des particuliers. La sentence arbitrale, en revanche, s'impose à ces mêmes parties.

#### b. Différents M.A.R.D

Par une loi n° 2010-1609 du 22 décembre 2010 et un décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012, venus ajouter un livre V, intitulé « *La résolution amiable des différends* », au Code de procédure civile, le législateur a organisé trois M.A.R.D. :

- la conciliation
- la médiation
- la procédure participative

<sup>1</sup> S. Amrani-Mekki « Le sens de la déjudiciarisation », *JCP* 2018 N, 6 avril 2018, 1150, n° 25.

<sup>2</sup> Sur la définition du contrat à titre gratuit, qui, selon l'article 1107 alinéa 2, implique non seulement l'absence de contrepartie, mais encore la volonté de la partie procurant un avantage à l'autre, de ne pas en recevoir, cf. Cours de droit des obligations 2ème année.

<sup>3</sup> Cf. Ph. Théry, obs. *RTD civ.* 2015, 695.

<sup>4</sup> B. Oppetit « Arbitrage, médiation, conciliation », *Rev. arb.* 1984, 307 ; Jarrosson « Les modes alternatifs de règlement des conflits... », n° 10 et suiv.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Panthéon-Assas  
Licence droit 3ème année Melun 2023-2024

Les dispositions relatives à ces trois M.A.R.D. sont souvent redondantes, bavardes et inutilement détaillées. Il suffit de s'y reporter en cas de besoin. On se bornera donc à quelques observations, d'autant que l'étude détaillée des M.A.R.D. relèvent du cours « procédures civiles spéciales et M.A.R.D. » de première année de master justice, procès et procédure.

α) La conciliation<sup>1</sup>

On la définit comme un mode de règlement des litiges par lequel les parties font appel à un tiers indépendant, pour rapprocher leur point de vue afin d'éteindre le litige. Elle présente, à dire vrai, plusieurs visages. Le Code de procédure civile distingue en effet la conciliation judiciaire et la conciliation conventionnelle.

• La conciliation judiciaire<sup>2</sup>

La conciliation peut se réaliser dans un cadre judiciaire. En effet le juge a reçu en plus de sa mission traditionnelle une mission de conciliation, en vertu de l'article 21 du Code de procédure civile<sup>3</sup>.

Les articles 127 et suivants du Code de procédure civile indiquent la marche à suivre. Si le juge décide d'y recourir, il doit convoquer les parties. Le juge peut tenter la conciliation lui-même ou, si une disposition particulière le prévoit, la déléguer à un conciliateur de justice qu'il désigne, en fixant la durée de sa mission, qui ne peut excéder deux mois renouvelables, et la date à laquelle l'affaire sera rappelée à l'audience (article 129-1).

La conciliation judiciaire est soumise au principe de confidentialité (article 129-4 alinéa 2 du Code de procédure civile). Le juge peut seulement être informé du résultat (article 21-3 précité, article 129-5, alinéa 1er, du Code de procédure civile).

Soit la conciliation aboutit et elle entraîne un procès-verbal signé par les parties, dont le juge peut délivrer des extraits ayant force exécutoire (article 131 du Code de procédure civile) ; soit la conciliation échoue et le juge va immédiatement trancher le litige. A cet égard, le juge peut mettre fin à tout moment à la conciliation, à la demande d'une partie, du conciliateur ou même d'office s'il lui apparaît que le bon déroulement en est compromis (article 129-5).

En outre, une phase de conciliation obligatoire ou facultative a été intégrée à la procédure devant certaines juridictions et dans certaines matières. Une tentative préalable de conciliation est obligatoire dans la procédure devant le conseil des prud'hommes, moyennant quelques exceptions, ou bien encore en matière de divorce. Devant toutes les autres juridictions, la tentative de conciliation est purement facultative.

• La conciliation conventionnelle

Elle est régie par les articles 1530 et 1531, 1536 et suiv. du Code de procédure civile. Elle s'opère sous l'égide d'un conciliateur de justice, que les parties choisissent parmi les personnes ayant ce statut.

Les conciliateurs de justice sont des personnes bénévoles (article 1er, alinéa 2, du décret n° 78-381 du 20 mars 1978 relatif aux conciliateurs de justice) : ils bénéficient uniquement d'une indemnité forfaitaire, versée trimestriellement, destinée à couvrir les menues dépenses de secrétariat, de matériels informatiques et de télécommunications, de documentation et d'affranchissement qu'ils exposent dans l'exercice de leurs fonctions (article 1er, alinéa 3, du décret du 20 mars 1978).

Les conciliateurs de justice sont nommés pour un an, reconductible deux ans, par ordonnance du premier président de la cour d'appel, avec avis du procureur général et sur proposition du magistrat coordonnateur de la protection et de la conciliation de justice (article 3, alinéa 1er, du décret du 20 mars 1978). Ils doivent offrir certaines garanties de probité, de compétence et d'indépendance (articles 8 du décret du 20 mars 1978 et 131-5 du Code de procédure civile). Ne peuvent être nommés conciliateurs de justice les officiers publics et ministériels et les personnes qui exercent, à quelque titre que ce soit, des activités judiciaires ou qui participent au fonctionnement du service de la justice (article 2, alinéa 2, du décret du 20 mars 1978). L'ordonnance nommant un conciliateur indique la circonscription dans laquelle il exerce ses fonctions, ainsi que le tribunal judiciaire ou, le cas échéant, l'une de ses chambres de proximité, auprès duquel le conciliateur doit déposer les constats d'accord (article 4 du décret du 20 mars 1978).

Aux termes de l'article 1530 du Code de procédure civile, le conciliateur « *accomplit sa mission avec impartialité, compétence et diligence* », comme s'il pouvait en aller autrement... Comme la conciliation judiciaire et *a fortiori*, la

<sup>1</sup> Carbonnier, *Droit civil*, t. I, n° 89, p. 160 ; A. Goutet, *De la conciliation en matière civile*, thèse Université de Paris, Sirey, 1936 ; G. Bolard « De la déception à l'espoir : la conciliation », in : *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 47 et suiv. ; F. Ruelland « Le conciliateur civil : entre utopie et réalités », *JCP* 1990, I, 3431 ; A. Lorieux « Les conciliateurs judiciaires à la croisée des chemins », *Gaz. Pal.* 1993, *doctr.* 238 ; J.-P. Gridel « A propos d'un éventuel retour du juge de paix : réminiscences et perspectives », *D.* 1994, *Chr.* 29 ; J.-L. Vivier « Le renforcement du rôle du conciliateur de justice », *LPA* 28 février 1997, p. 13 et suiv. ; L. Cadiet « Les conciliateurs de justice », Colloque du 18 juin 1998, *Gaz. Pal.* 4-6 octobre 1998 (numéro spécial).

<sup>2</sup> B. Faucher, *La conciliation judiciaire*, thèse Paris 2, 1980.

<sup>3</sup> M. Reverchon-Billot « L'article 21 du Code de procédure civile et la procédure civile », *RDA* n° 20, octobre 2020, p. 185 et suiv.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Panthéon-Assas  
Licence droit 3ème année Melun 2023-2024

conciliation conventionnelle est soumise au principe de confidentialité (article 1531).

Si elles ont donné leur acceptation au principe d'une conciliation, les parties doivent se présenter en personne devant le conciliateur : elles peuvent sans doute être assistées, mais aucunement représentées (article 1537 du Code de procédure civile). Il faut en effet instaurer un dialogue qui permettra la confrontation des points de vue et, le cas échéant, de dégager une solution.

Si les parties parviennent à un accord, un constat d'accord peut être établi, signé par les parties et le conciliateur (article 1540, alinéa 1er, du Code de procédure civile). La rédaction d'un tel constat est requise lorsque la conciliation a pour effet la renonciation à un droit (article 1540, alinéa 2, du Code de procédure civile). Un exemplaire du constat est remis à chaque intéressé, tandis que le conciliateur de justice procède également, sans délai, au dépôt d'un exemplaire au greffe du tribunal judiciaire ou, le cas échéant, d'une de ses chambres de proximité (article 1540, alinéa 3, du Code de procédure civile).

Cette convention pouvant n'avoir pas les caractères d'une transaction, n'a pas nécessairement l'autorité de chose transigée, et encore moins la force exécutoire attachée à un jugement. Pour en assurer l'effectivité, il faudra le soumettre au juge compétent pour connaître du contentieux dans la matière considérée, aux fins d'homologation, sous réserve qu'une des parties ne s'y oppose pas (articles 1541 et 1565 du Code de procédure civile).

## β) La médiation<sup>1</sup>

A l'origine, c'est une invention du tribunal de commerce, qui n'hésitait pas à nommer un tiers pour le charger de trouver une solution à un litige. Cette pratique prétorienne n'était guère conforme à l'article 21 du Code de procédure civile. Du coup, une loi du 8 février 1995 est venue instituer la médiation, parallèlement à la conciliation. Les articles 131-1 et suiv., d'une part, 1530 et 1531, 1532 et suiv. du Code de procédure civile, d'autre part, la gouvernement.

On évoquera brièvement le régime de la médiation, puis on exposera en quoi celle-ci diffère de la conciliation.

### • Régime de la médiation

La médiation consiste à faire intervenir une tierce personne, chargée de réunir les parties, de confronter leurs points de vue et de proposer une solution. Comme la conciliation, la médiation peut intervenir dans un cadre judiciaire (articles 131-1 et suiv. du Code de procédure civile) ou par un accord intervenu en marge de tout procès (articles 1532 et suiv. du Code de procédure civile). Dans le premier cas, le juge désigne le médiateur (article 131-6) ; dans le second, il revient aux parties de le choisir (article 1530).

Aux termes de l'article 21-2 de la loi du 8 février 1995, « *Le médiateur accomplit sa mission avec impartialité, compétence et diligence* ». L'article 1530 du Code de procédure civile énonce exactement la même chose, à propos de la médiation conventionnelle. Mais quel intérêt juridique peut-il y avoir à rappeler de telles évidences ? On peut sérieusement se le demander...

Qu'elle soit judiciaire ou conventionnelle, la médiation est soumise au principe de confidentialité, sauf accord contraire des parties et exceptions légales strictement limitées (article 21-3 de la loi du 8 février 1995). Lorsqu'elle est judiciaire, le juge ne peut être informé que du résultat de la médiation (131-11 et 131-14 du Code de procédure civile). Il était en effet nécessaire, dans l'intérêt du développement de l'institution, d'offrir aux parties les mêmes garanties de confidentialité que celles applicables aux négociations directes entre avocats en vue de parvenir à une transaction.

Pour que l'accord, auquel la médiation judiciaire a éventuellement abouti, reçoive force exécutoire, il faudra que le juge, saisi par les parties suivant les règles de la procédure gracieuse, procède à son homologation (article 131-12, alinéa 1er et 2, du Code de procédure civile). Selon l'article 131-12, alinéa 2, en effet, l'homologation relève de la matière gracieuse. Cette analyse est néanmoins contestée en doctrine<sup>2</sup>, au motif que l'homologation ne présente en l'occurrence, en réalité, même pas les caractères d'un acte juridictionnel, dès lors que le juge se borne à entériner l'accord des parties, en lui conférant la force exécutoire qui lui faisait défaut.

Semblablement, pour conférer force exécutoire à l'accord issu d'une médiation conventionnelle, cet accord devra

<sup>1</sup> Carbonnier, *Droit civil*, t. I, n° 89, p. 161 ; J.-P. Bonaffé-Schmidt, *La médiation : une autre justice*, Lyon, 1992 ; P. Draï « Libres propos sur la médiation judiciaire », in : *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Litec, 1981, p. 123 et suiv. ; A. Lorieux « Place de la médiation dans le procès civil », *Gaz. Pal.* 1991, *doctr.* 66 ; S. Braudo « Propos sur la médiation en matière civile », *Gaz. Pal.* 1995, *doctr.* 467 ; Ph. Grandjean « L'expérience d'un médiateur », *Gaz. Pal.* 1996, *doctr.* 961 ; Ch. Jarrosson « Médiation et conciliation, définition et statut juridique », *Gaz. Pal.* 1996, *doctr.* 951 ; Ch. Jarrosson « Les modes alternatifs de règlement des conflits : présentation générale », *RIDC* 1997, p. 325 et suiv., n° 10 et suiv. ; M. Armand-Prévost « L'avocat, le juge, le médiateur », *LPA* 8 juillet 1998, p. 19 et suiv. ; *La médiation au service de l'entreprise (actes du colloque du 10 février 2016 de l'Université Ulco)*, *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 3, mai-juin 2016 ; V. Lasserre « Les graves lacunes de la réforme de la procédure de médiation », *D.* 2019, 441.

<sup>2</sup> Chainais et alii, *Procédure civile*, n° 1123 ; Cadiet et Jeuland, *op. cit.*, n° 105 et 417 ; X. Vuitton « Quelques réflexions sur l'office du juge de l'homologation dans le livre V du Code de procédure civile », *RTD civ.* 2019, 771 et suiv. Sur l'homologation en général. Cf. *infra* : Troisième partie « Le dénouement du procès », titre I « Le jugement », chap. I « Notion de jugement », section 1 « Actes juridictionnels et actes non juridictionnels », B. « Contrats judiciaires et jugements de donné-acte ».

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Panthéon-Assas  
Licence droit 3ème année Melun 2023-2024

être soumis au juge compétent pour connaître du contentieux dans la matière considérée, aux fins d'homologation, à la condition qu'une des parties ne s'y oppose pas (articles 1534 et 1565 du Code de procédure civile).

Dans le domaine particulier du droit de la consommation, une ordonnance n° 2015-1033 du 20 août 2015, relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation, a organisé une médiation des litiges de la consommation. Cette médiation la consommation « s'applique à un litige national ou transfrontalier entre un consommateur et un professionnel » (article L. 611-2 du Code de la consommation).

Dans la mesure où elles sont compatibles avec les dispositions de l'ordonnance, les dispositions des articles 1530 et suivants du Code de procédure civile relatives à la médiation conventionnelle s'appliquent à la médiation de la consommation.

Le recours à la médiation de la consommation est gratuit et facultatif pour le consommateur, qui conserve la faculté de saisir directement le juge sans y recourir préalablement (articles L. 612-1 et L. 612-4 du Code de la consommation).

Le médiateur est rémunéré soit par le professionnel, qui a mis en place son propre dispositif de médiation, soit par un organisme collectif ou une fédération professionnelle (articles L. 613-1 et L. 613-3 du Code de la consommation). Il « accomplit sa mission avec diligence et compétence, en toute indépendance et impartialité, dans le cadre d'une procédure transparente, efficace et équitable » (article L. 613-1 du Code de la consommation). Là encore, cette disposition revient à enfoncer des portes ouvertes...

- Différences entre la médiation et la conciliation

Il est difficile de bien distinguer médiation et conciliation. En effet, l'une et l'autre reçoivent, dans l'article 1530, la même définition ronflante et obscure. A en croire la doctrine<sup>1</sup>, la médiation se distinguerait néanmoins de la conciliation à trois égards :

- tout d'abord, le médiateur serait un intervenant rémunéré, tandis que le conciliateur accomplit sa mission à titre gratuit, que ce soit le juge lui-même ou un conciliateur de justice. Les frais de la médiation judiciaire sont, en principe, partagés par moitié entre les parties, à moins que le juge n'estime une telle répartition inéquitable au regard de la situation économique des parties, selon les articles 22-2 de la loi du 8 février 1995 et 131-13 du Code de procédure civile.

Toutefois le caractère onéreux de la médiation judiciaire s'explique par son origine historique, puisqu'elle désignait, à l'origine, une pratique émanant des tribunaux de commerce. Il n'implique pas que la médiation soit, par essence, onéreuse, même si dans les litiges opposant des professionnels, elle l'est systématiquement. D'une part, en effet, ni l'article 1530, ni les autres dispositions du Code de procédure civile relatives à la médiation conventionnelle, ni davantage les articles 21 et suivant de la loi précitée du 8 février 1995 n'exigent une rémunération du médiateur. D'autre part, l'article L. 612-1 du Code de la consommation impose la gratuité de la médiation en droit de la consommation au profit du consommateur qu'un litige oppose à un professionnel. Le critère de distinction tiré de la rémunération du médiateur et de la gratuité de l'intervention du conciliateur n'est donc pas toujours vérifié.

- Ensuite, le conciliateur ne peut être qu'un conciliateur de justice au sens du décret du 20 mars 1978, tandis que le médiateur peut être un tiers quelconque, que le juge choisit librement avec l'accord des parties lorsque la médiation est judiciaire. Néanmoins si la fonction de médiateur devient juridiquement encadrée, comme on songe à le faire, cette différence s'estompera.
- Enfin, le médiateur aurait un rôle plus actif que le conciliateur dans la recherche d'une solution amiable au litige. Mais il n'y a là, à dire vrai, qu'une différence de degré, et non de nature, entre les missions de l'un et l'autre<sup>2</sup>. En effet, comme la conciliation, la médiation est, de toute façon, exclusive de tout pouvoir juridictionnel<sup>3</sup>. Le médiateur ne peut donc, pas plus que le conciliateur, imposer aux parties une solution au litige les opposant.

### χ) La procédure participative<sup>4</sup>

Inspiré du droit collaboratif anglo-saxon, ce dernier « gadget » est issu d'une loi du 22 décembre 2010. La procédure participative suppose obligatoirement l'intervention d'avocats. Elle est réglementée par les articles +2062 et suiv. du Code civil, articles 1542 et suiv. du Code de procédure civile. En effet, le législateur a cru devoir créer, à son intention,

<sup>1</sup> Croze, *Procédure civile*, n° 86.

<sup>2</sup> Cornu et J. Foyer, *op. cit.*, n° 9, p. 51-52 et p. 55-56 ; Croze, *op. cit., loc. cit.* ; Fricéro et Julien, *op. cit.*, n° 1026 ; Jarroson « Les modes alternatifs de règlement des conflits... », *op. cit., loc. cit.*

<sup>3</sup> Civ. 2, 16 juin 1993, n° 91-15332, B. II, n° 211.

<sup>4</sup> Chainais et alii, *op. cit.*, n° 930 et suiv., n° 2428 et suiv. ; F. G'ssell-Macret « Vers la justice participative ? Pour une négociation "à l'ombre du droit" ? », *D.* 2010, 2450 ; S. Sauphanor « La convention de procédure participative : aspects pratiques », *Gaz. Pal.* 16 janvier 2011, 10 ; A. Sauret « La convention de procédure participative : une nouvelle règle de traitement à l'amiable de certains différends survenant en droit social », *Gaz. Pal.* 4 mars 2011, 33 ; H. Poivey-Leclercq « La convention de procédure participative "un pacte de non-agression à durée déterminée" », *JCP* 2011, *act.* 70 ; M. Douchy-Oudot « Convention de procédure participative », *Procédures* 2011, n° 3, 49.



Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Panthéon-Assas  
Licence droit 3ème année Melun 2023-2024

un titre dix-septième « *De la convention de procédure participative* », dans le livre III du Code civil... A croire que cette institution ésotérique est de la plus haute importance, pour qu'on ait décidé d'en encombrer à la fois le Code civil et le Code de procédure civile.

C'est en vérité lui faire trop d'honneur. Dans l'immense majorité des cas, en effet, les avocats continuent de « le faire à l'ancienne », en recourant des négociations confidentielles et informelles susceptibles d'aboutir à la traditionnelle transaction, dont ils maîtrisent les rouages, plutôt que d'utiliser la compliquée et novatrice procédure participative. Les dispositions relatives à celle-ci pourraient ainsi rejoindre, un jour ou l'autre, la décharge à ciel ouvert des textes législatifs et réglementaires tombés en désuétude. Dans le naïf espoir de la rendre plus attractive, la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 en a élargi le champ d'application (article 9 de la loi).

La procédure participative repose sur une convention. On étudiera brièvement cette convention, puis le déroulement de la procédure participative.

- Convention de procédure participative

Aux termes de l'article 2062 du Code civil :

*« La convention de procédure participative est une convention par laquelle les parties à un différend s'engagent à œuvrer conjointement et de bonne foi à la résolution amiable de leur différend ou à la mise en état de leur litige.*

*« Cette convention est conclue pour une durée déterminée. »*

La conclusion et les effets de cette convention doivent être rapidement étudiés.

- Conclusion de la convention de procédure participative

Une convention de procédure participative suppose l'existence d'un différend d'ores et déjà né entre les parties. Initialement elle ne pouvait intervenir qu'à la condition qu'aucune d'entre elles n'ait encore pris l'initiative de le soumettre à une juridiction étatique ou arbitrale.

Mais, depuis la loi du 18 novembre 2016 (article 2062, alinéa 1er, du Code civil et articles 1546-1 et suivants du Code de procédure civile), les parties peuvent aussi l'utiliser pour la mise en état d'un litige dont une juridiction est déjà saisie. Aux termes de l'article 1546-1 du Code de procédure civile, en effet les parties peuvent conclure une convention de procédure participative aux fins de mise en état du litige à tout moment de l'instance.

Contrairement à ce que la garde des sceaux de l'époque, Mme Taubira, s'est imaginée<sup>1</sup>, cet élargissement du domaine de la procédure participative n'en rendra pas son usage moins rare qu'il ne l'est aujourd'hui. La procédure participative n'est en effet presque jamais employée en pratique. Les dispositions visant à promouvoir la convention participative sont très largement à côté de la réalité judiciaire du quotidien. Dès lors, « *tout ça pour ça !* », a-t-on envie de dire... Mais les justiciables et les praticiens du droit sont, depuis longtemps, édifiés sur l'irréalisme du législateur en procédure civile – et dans bien d'autres domaines du droit également, du reste.

La convention doit obligatoirement être conclue pour une durée déterminée (article 2062, alinéa 2). Lorsqu'elle est antérieure à la saisine d'une juridiction, législateur l'a en effet conçue comme un temps de répit, durant lequel tout recours judiciaire est irrecevable (article 2065, alinéa 1er, du Code civil). Lorsque le juge est déjà saisi, la mise en état conventionnelle du litige qui en est l'objet, ne saurait se prolonger indéfiniment.

Elle ne peut, en principe, porter que sur des droits dont les parties ont la libre disposition (article 2064, alinéa 1er, du Code civil). Toutefois, par dérogation à ce principe, elle peut être conclue entre époux en vue de rechercher une solution consensuelle en matière de divorce ou de séparation de corps (article 2067 du Code civil). En revanche, elle ne peut jamais être utilisée pour résoudre les différends qui s'élèvent, entre salariés et employeurs, à l'occasion du contrat de travail (article 2064, alinéa 2, du Code civil).

A peine de nullité, la convention de procédure participative doit, selon l'article 2063 du Code civil, être contenue dans un écrit, précisant son terme, l'objet du différend, les pièces et informations nécessaires à la résolution du différend et les modalités de leur échange. C'est donc un contrat solennel (cf. articles 1109, alinéa 2 et 1172, alinéa 2, du Code civil). Aux termes de l'article 1545, alinéa 1er, du Code de procédure civile, la convention de procédure participative mentionne, en outre, les noms, prénoms et adresses des parties et de leurs avocats.

La convention de procédure participative ne peut effectivement être conclue qu'avec l'assistance d'un avocat (article 2064, alinéa 1er, du Code civil). Les parties ne sont donc pas représentés par leurs avocats respectifs, mais ceux-ci doivent obligatoirement les assister. De fait, en sa rédaction issue de la loi n° 2011-94 du 25 janvier 2011, l'article 4, dernier alinéa, de la loi du 31 décembre 1971, portant organisation de la profession d'avocat, énonce « *Nul ne peut, s'il n'est avocat, assister une partie dans une procédure participative prévue par le code civil.* » Les avocats bénéficient donc d'un monopole en la matière<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Déclarations de Mme Christiane Taubira devant le Sénat (*J.O. débats Sénat*, 5 novembre 2015, p. 10349-10350).

<sup>2</sup> Aussi bien, l'aide juridique peut être accordée à une partie démunie, en vue de parvenir à un accord dans le cadre d'une convention de procédure participative (article 10 de la loi du 10 juillet 2009 relative à l'aide juridique).

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Panthéon-Assas  
Licence droit 3ème année Melun 2023-2024

– Effets de la convention de procédure participative

Il résulte de l'article 2062, alinéa 1er, du Code civil précité, que la convention de procédure participative peut avoir deux objets distincts selon les hypothèses : résolution amiable d'un différend ou mise en état d'un litige.

◦ Convention de procédure participative destinée à la résolution amiable d'un différend

La convention de procédure participative sert de cadre aux parties pour rechercher une solution amiable à leur différend, à laquelle elle doivent œuvrer de bonne foi (article 2062, alinéa 1er, du Code civil). Sa conclusion entraîne en effet l'application d'une procédure conventionnelle, destinée à trouver un accord mettant fin au différend. Cette procédure obéit à des règles principalement fixées par le Code de procédure civile (articles 1544 et suiv.).

Celles-ci imposent le respect du principe de la contradiction entre les parties (articles 2063, 3°, du Code civil et 1545, alinéa 2, du Code de procédure civile, article 1549, alinéa 2, du Code de procédure civile).

Elles prévoient également (articles 1547 et suivants du Code de procédure civile) les modalités selon lesquelles les parties peuvent éventuellement, d'un commun accord, désigner un technicien et la manière dont il devra alors remplir sa mission, par des dispositions inspirées des mesures d'instruction judiciaire, notamment l'expertise.

Le législateur attribue, par ailleurs, à la convention de procédure participative des effets propres à laisser leurs chances aux négociations entre les parties d'aboutir.

Tout d'abord, tant qu'elle est en cours, la convention de procédure participative rend, en principe, irrecevable tout recours au juge pour qu'il statue sur le litige (article 2065, alinéa 1er, du Code civil). La convention de procédure participative est donc à l'origine d'une fin de non-recevoir, dont l'invocation semble réservée aux parties<sup>1</sup>.

Par tempérament à ce principe d'irrecevabilité de tout recours juridictionnel, la convention ne fait néanmoins pas obstacle, en cas d'urgence, à ce que des mesures provisoires ou conservatoires soient demandées par les parties (article 2065, alinéa 2).

Ensuite, et fort heureusement, la convention de procédure participative suspend le cours de la prescription extinctive (article 2238, alinéa 1er, du Code civil). En effet, si la recherche d'une solution amiable risquait de compromettre les droits d'une partie, celle-ci ne conclurait pas la convention. Dans l'hypothèse où les parties ne parviennent pas à une solution amiable, la prescription recommence à courir à l'arrivée du terme de la convention de procédure participative, pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois (article 2238, alinéa 2).

Les articles 2066 du Code civil et 1556 et suiv. du Code de procédure civile distinguent selon que la convention de procédure participative a, ou non, abouti à un accord entre les parties réglant, en tout ou en partie, leur différend.

– Dans la première hypothèse, les parties peuvent soumettre leur accord à l'homologation du juge, afin de lui conférer la force exécutoire qui lui fait défaut. Le juge est saisi par requête, soit à l'initiative de la partie la plus diligente, soit par l'ensemble des parties (articles 1557 et 1565 du Code de procédure civile).

– Dans la seconde hypothèse, elles soumettent le litige au juge et elles sont alors dispensées de la conciliation ou de la médiation préalable le cas échéant prévue par la procédure à laquelle ce litige est soumis (articles 2066, alinéa 2, du Code civil et 1558 du Code de procédure civile).

Si l'accord a réglé certains points du différend uniquement, le juge tranchera le litige résiduel. Il sera saisi à cet effet soit selon les règles de procédure habituellement applicables devant lui, soit par une requête conjointe des avocats ayant assisté les parties au cours de la procédure participative (article 1560 du Code de procédure civile).

Si aucun accord n'a été trouvé, le juge connaîtra du litige soit conformément aux règles de procédure habituellement applicables devant lui, soit par requête conjointe des avocats ayant assisté les parties au cours de la procédure participative, soit encore sur requête unilatérale (articles 1562 et suivants du Code de procédure civile).

◦ Convention de procédure participative aux fins de mise en état d'un litige<sup>2</sup>

Cette convention n'est pas un véritable mode alternatif de règlement des différends. Son objet n'est pas en

<sup>1</sup> Croze, *op. cit.*, n° 114.

<sup>2</sup> M. Kebir « Promotion de la mise en état conventionnelle et extension des pouvoirs du JME », *Dalloz Actualités* 20 janvier 2020, Dossier *Réforme de la procédure civile*.

effet de conclure un accord destiné à mettre fin à un litige, mais de permettre aux parties, représentées par leur avocat, de mettre elles-mêmes ce litige en état d'être jugé devant le tribunal judiciaire<sup>1</sup>.

En effet, la procédure contentieuse ordinaire devant le tribunal judiciaire est une procédure écrite (article 775 du Code de procédure civile), en principe avec ministère d'avocat obligatoire (article 760, alinéa 1er, du Code de procédure civile). Une instruction par un juge de la mise en état est fréquemment nécessaire, pour mettre l'affaire en état d'être jugée (articles 779, dernier alinéa, 780 et suivants du Code de procédure civile). Par la conclusion d'une convention de procédure participative aux fins de mise en état, les parties évitent que l'instruction soit mise en œuvre par le juge de la mise en état.

c. Incitation légale contemporaine à recourir aux M.A.R.D.

Comme le député Prugnon l'avait déjà résumée à la tribune de l'Assemblée nationale constituante le 7 juillet 1790<sup>2</sup>, en ce style grandiloquent qui caractérise l'époque révolutionnaire :

*« rendre la justice n'est que la seconde dette de la société ; empêcher les procès, c'est la première et il faut que la société dise aux parties : pour arriver au temple de la justice, passez par celui de la concorde. »*

Aussi bien, dans le sillage de la loi révolutionnaire des 16 et 24 août 1790, l'article 48 du Code de procédure civile de 1807 avait-il érigé la tentative de conciliation préalable devant le juge de paix<sup>3</sup> en condition de recevabilité de la demande en justice devant le tribunal civil<sup>4</sup>, à moins que la matière ne fût d'ordre public ou que l'affaire ne requît célérité<sup>5</sup>. Ce préliminaire obligatoire de conciliation tomba progressivement, il est vrai, en désuétude<sup>6</sup>. Mais, tel le phénix renaissant de ses cendres, la résolution amiable des litiges sous l'égide d'un tiers indépendant déploie à nouveau ses ailes en droit contemporain, sous le sigle « M.A.R.D. »

De fait, le législateur contemporain est indirectement revenu, dans certaines matières, au système révolutionnaire, avec l'article 4 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 « Justice du 21ème siècle » (*sic*), modifié par l'article 3 de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 « de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice » (*resic*). Le décret d'application n° 2019-1333 du 11 décembre 2019 a précisé la portée de ces nouvelles dispositions, en insérant un article 750-1 dans le Code de procédure civile.

La règle posée par l'article 4 de la loi du 18 novembre 2016 n'est pas sans rappeler celle de feu l'article 48 de l'ancien Code de procédure civile. Elle en diffère néanmoins en ce que, dans le système d'autrefois, la tentative de conciliation préalable obligatoire avait lieu sous l'égide du juge de paix, tandis qu'elle doit être désormais menée par un conciliateur, un médiateur ou les avocats désignés par les parties dans une procédure participative.

Effectivement la confiance du législateur en la capacité des parties à conclure seules, de leur propre initiative, un accord mettant fin au litige, est désormais érodée. Renouant avec l'inspiration révolutionnaire du Code de procédure civile de 1807, le législateur considère que l'intervention d'un tiers raisonnable, conciliateur, médiateur ou avocats dans la procédure participative, peut se révéler indispensable pour dénouer à l'amiable le différend opposant les parties.

Le législateur escompte que le développement du recours aux M.A.R.D. contribuera à désengorger les tribunaux, en dissuadant les justiciables de s'adresser au juge, lorsque leur différend peut être résolu à l'amiable. Ainsi, pense-t-on, les tribunaux pourront davantage se consacrer à la solution des litiges où leur intervention s'impose, et le traitement des procédures s'y rapportant s'en trouvera-t-il accéléré et amélioré<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> Cf. *infra* : 2ème partie « L'instance », titre II « Déroulement de l'instance », chap. I « La procédure devant le tribunal judiciaire », section 1 « La procédure écrite », § 2 « Les procédures contentieuses écrites spéciales », A. « Les procédures subordonnées à l'accord des parties », 2. « La procédure avec conclusion d'une convention de procédure participative ».

<sup>2</sup> L. J. Prugnon, *Archives parlementaires*, tome XVI, p. 739, cité par G. Maugain « Cas de recours préalable obligatoire aux modes de résolution amiable des différends », *Dalloz Actualités* 20 janvier 2020, Dossier *Réforme de la procédure civile*.

<sup>3</sup> Rebaptisé tribunal d'instance en 1958 et qui a été supprimé le 1er janvier 2020 (articles 95 et suivants de la loi n° 2019-22 du 23 mars 2019). Il était en effet tout à fait logique et cohérent de supprimer une juridiction qui, dans l'ensemble, fonctionnait bien.

<sup>4</sup> « Aucune demande introductive d'instance ne sera reçue dans les tribunaux de première instance que le défendeur ou les parties d'un commun accord n'aient été préalablement appelées en conciliation devant le juge de paix ».

<sup>5</sup> J. Poumarède « Histoire de la conciliation », [www.conciliateurs.fr](http://www.conciliateurs.fr) ; Carbonnier, *op. cit.*, t. I, n° 89, p. 160.

<sup>6</sup> *Ibid.*

<sup>7</sup> F. Vert et M. Chapuis « Un moyen disruptif pour réduire les stocks des tribunaux : et si on essayait l'amiable », *D. Actu.* 1er mars 2021.

Mais, par un arrêt du 22 septembre 2022<sup>1</sup>, le Conseil d'Etat a annulé l'article 750-1 du Code de procédure civile pour excès de pouvoir, sans rétroactivité. Depuis, un décret n° 2023-357 du 11 mai 2023 a rétabli ce texte<sup>2</sup>. La nouvelle rédaction de l'article 750-1 tient compte de l'arrêt du Conseil d'État, dans l'espoir, dont on espère de tout cœur qu'il sera déçu, d'éviter une nouvelle annulation. En sa version issue du décret du 11 mai 2023, l'obligation de recourir préalablement à un M.A.R.D. dans certaines procédures s'applique aux instances introduites à compter du 1<sup>er</sup> octobre 2023 (article 4 du décret).

On n'insistera pas sur ces coups de théâtre successifs, dignes de la plus mauvaise opérette : ils prouvent l'amateurisme de la direction des affaires civiles de la Chancellerie et le mépris dans lequel elle tient le justiciable et les professionnels du droit.

On examinera successivement le domaine de l'obligation pour le demandeur de recourir à un M.A.R.D. avant de saisir, en cas d'échec, le tribunal, la sanction de sa méconnaissance et les exceptions qu'elle rencontre<sup>3</sup>.

#### α) Domaine de l'obligation préalable du demandeur de mettre en œuvre un M.A.R.D.

L'article 4 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, modifié par l'article 3 de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 avait prévu que, lorsque la demande tend au paiement d'une somme n'excédant par un certain montant ou est relative à un conflit de voisinage, la saisine du tribunal judiciaire doit être précédée d'une tentative de conciliation devant un conciliateur de justice ou un médiateur ou d'une tentative de procédure participative, en renvoyant au pouvoir réglementaire la détermination des modalités d'application de ce principe<sup>4</sup>.

Avant sa promulgation, des députés d'opposition saisirent le Conseil constitutionnel afin de faire censurer les dispositions de l'article 3 de la loi du 23 mars 2019, en faisant valoir que ses dispositions méconnaîtraient plusieurs normes à valeur constitutionnelle. Les auteurs de la saisine reprochaient notamment à la disposition querellée de porter atteinte à la substance du droit à un recours effectif devant une juridiction, droit que le Conseil constitutionnel dérive, dans sa jurisprudence, de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789, aux termes duquel « *Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution* ». Ils soutenaient, en outre, que cette disposition portait notamment atteinte au principe de l'égalité des justiciables devant la loi, violant ainsi l'article 6 de la déclaration de 1789, aux termes duquel la loi étant l'expression de la volonté générale, « *doit être la même pour tous* ».

Mais, par une décision rendue le 21 mars 2019<sup>5</sup>, le Conseil constitutionnel a écarté l'argumentation des auteurs de la saisine et jugé la disposition critiquée conforme à la Constitution, tout en formulant des réserves d'interprétation.

Pour écarter le grief tiré d'une violation de l'article 16 de la déclaration de 1789, le Conseil constitutionnel<sup>6</sup> a relevé que l'article 3 de la loi a circonscrit les hypothèses où le justiciable ne peut, à peine d'irrecevabilité de sa demande, saisir le juge avant d'avoir mis en œuvre infructueusement un M.A.R.D. et qu'il a dispensé de cette obligation le justiciable qui justifierait d'un motif légitime. Il en a déduit que cette disposition ne portait pas atteinte à la substance

<sup>1</sup> CE 22 septembre 2022, req. n° 436939, *CNB, Ordre des avocats au barreau de Paris et a., Syndicat des avocats de France et syndicat de la magistrature* ; req. n° 437002, *Syndicat des avocats de France et Syndicat de la magistrature*.

<sup>2</sup> S. Amrani-Mekki « Résurrection du préalable amiable obligatoire (D. n° 2023-357, 11 mai 2023) », *Procédures* n° 7, juillet 2023, *Alerte* 7 ; S. Koulocheri « Obligation de tentative préalable de résolution amiable du litige : le décret du 11 mai 2023 rétablit l'article 750-1 du Code de procédure civile », *RLDC* 1<sup>er</sup> juin 2023.

<sup>3</sup> G. Maugain « Cas de recours préalable obligatoire aux modes de résolution amiable des différends », *Dalloz Actualités* 20 janvier 2020, *Dossier Réforme de la procédure civile* ; S. Amrani-Mekki « Nouvelles réformes de procédure civile – Vous avez dit simplification ? », *JCP* 20 janvier 2020, *doctr.* 75, n° 11-12.

<sup>4</sup> « Lorsque la demande tend au paiement d'une somme n'excédant pas un certain montant ou est relative à un conflit de voisinage, la saisine du tribunal judiciaire doit, à peine d'irrecevabilité que le juge peut prononcer d'office, être précédée, au choix des parties, d'une tentative de conciliation menée par un conciliateur de justice, d'une tentative de médiation, telle que définie à l'article 21 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, ou d'une tentative de procédure participative, sauf :

1° Si l'une des parties au moins sollicite l'homologation d'un accord ;

2° Lorsque l'exercice d'un recours préalable est imposé auprès de l'auteur de la décision ;

3° Si l'absence de recours à l'un des modes de résolution amiable mentionnés au premier alinéa est justifiée par un motif légitime, notamment l'indisponibilité de conciliateurs de justice dans un délai raisonnable ;

4° Si le juge ou l'autorité administrative doit, en application d'une disposition particulière, procéder à une tentative préalable de conciliation.

Un décret en Conseil d'Etat définit les modalités d'application du présent article, notamment les matières entrant dans le champ des conflits de voisinage ainsi que le montant en-deçà duquel les litiges sont soumis à l'obligation mentionnée au premier alinéa. Toutefois, cette obligation ne s'applique pas aux litiges relatifs à l'application des dispositions mentionnées à l'article L. 314-26 du code de la consommation. »

<sup>5</sup> Décision n° 2019-778 DC.

<sup>6</sup> § 17 à 20 de la décision du Conseil constitutionnel.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Panthéon-Assas  
Licence droit 3ème année Melun 2023-2024

du droit à un recours effectif devant une juridiction, sous réserve que le pouvoir réglementaire définisse la notion de « motif légitime » et précise le « délai raisonnable » d'indisponibilité du conciliateur de justice à partir duquel le justiciable est recevable à saisir la juridiction, notamment dans le cas où le litige présente un caractère urgent, sans recourir préalablement à un M.A.R.D.

Le Conseil constitutionnel a pareillement écarté le second grief, tiré de la violation du principe d'égalité des justiciables devant la loi<sup>1</sup>. Il a rappelé, à cet égard, qu'il résulte de la combinaison des articles 6 et 16 de la Déclaration de 1789 que si le législateur peut prévoir des règles de procédure différentes selon les faits, les situations et les personnes auxquelles elles s'appliquent, c'est à la condition que ces différences ne procèdent pas de distinctions injustifiées et que soient assurées aux justiciables des garanties égales. Or, poursuit le Conseil constitutionnel, en instaurant la condition de recevabilité contestée, le législateur, qui a entendu réduire le nombre des litiges soumis au juge, a poursuivi l'objectif de valeur constitutionnelle de bonne administration de la justice. La poursuite de cet objectif pouvait donc justifier, de la part du législateur, des atteintes au droit de saisir une juridiction. De fait, en appliquant cette condition aux litiges tendant au paiement d'une somme n'excédant pas un certain montant ou relatifs à des conflits de voisinage d'une difficulté limitée, le législateur a retenu les litiges dont il a estimé qu'ils se prêtent particulièrement à un règlement amiable et ainsi n'a pas instauré de discrimination injustifiée entre les justiciables. Par ailleurs, il a assuré aux justiciables des garanties égales. Sous la réserve qu'il avait déjà énoncée en écartant le premier grief, le Conseil constitutionnel en a déduit que le grief tiré de l'atteinte au principe d'égalité devant la justice devait être écarté.

Enfin, le Conseil constitutionnel a conclu<sup>2</sup> que l'article 4 de la loi du 18 novembre 2016, toujours sous la même réserve, ne méconnaissait ni la liberté contractuelle, ni la liberté individuelle, ni aucune autre exigence constitutionnelle.

Si le Conseil constitutionnel a jugé la disposition querellée conforme à la constitution, c'est en définitive avec prudence, en insistant sur la nécessité pour le pouvoir réglementaire de formuler avec précision les exceptions à l'obligation de recourir à un M.A.R.D. préalablement à la saisine de la juridiction dans les « petits litiges », tendant au paiement d'une somme inférieure ou égale à un certain montant ou relatif à des conflits de voisinage.

L'article 750-1 du Code de procédure civile, créé par le décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019 réformant la procédure civile et pris pour l'application de la loi du 23 mars 2019 est venu préciser les dispositions de l'article 3 précité de cette loi. La rédaction du texte tient compte des réserves émises par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 21 mars 2019 à propos de la constitutionnalité de l'article 3 de la loi du 23 mars 2019.

Par un arrêt rendu le 22 septembre 2022<sup>3</sup>, on l'a déjà dit, le Conseil d'Etat a cependant annulé l'article 750-1 pour excès de pouvoir. Par un décret n° 2023-357 du 11 mai 2023, le texte a finalement été rétabli, dans une rédaction modifiée pour tenir compte de l'arrêt du Conseil d'Etat. Les nouvelles dispositions s'appliquent aux instances introduites à compter du 1<sup>er</sup> octobre 2023 (article 4 du décret du 11 mai 2023).

Aux termes de l'article 750-1 en sa rédaction actuelle, inséré dans un sous-titre consacré aux dispositions communes applicable à la procédure devant le tribunal judiciaire, écrite ou orale :

*« A peine d'irrecevabilité que le juge peut prononcer d'office, la demande en justice doit être précédée, au choix des parties, d'une tentative de conciliation menée par un conciliateur de justice, d'une tentative de médiation ou d'une tentative de procédure participative, lorsqu'elle tend au paiement d'une somme n'excédant pas 5 000 euros ou lorsqu'elle est relative à l'une des actions mentionnées aux articles R. 211-3-4 et R. 211-3-8 du code de l'organisation judiciaire ou à un trouble anormal de voisinage.*

*Les parties sont dispensées de l'obligation mentionnée au premier alinéa dans les cas suivants :*

*1° Si l'une des parties au moins sollicite l'homologation d'un accord ;*

*2° Lorsque l'exercice d'un recours préalable est imposé auprès de l'auteur de la décision ;*

*3° Si l'absence de recours à l'un des modes de résolution amiable mentionnés au premier alinéa est justifiée par un motif légitime tenant soit à l'urgence manifeste, soit aux circonstances de l'espèce rendant impossible une telle tentative ou nécessitant qu'une décision soit rendue non contradictoirement, soit à l'indisponibilité de conciliateurs de justice entraînant l'organisation de la première réunion de conciliation dans un délai supérieur à trois mois à compter de la saisine d'un conciliateur ; le demandeur justifie par tout moyen de la saisine et de ses suites ;*

<sup>1</sup> § 21 à 23 de la décision du Conseil constitutionnel.

<sup>2</sup> § 24 de la décision du Conseil constitutionnel.

<sup>3</sup> CE 22 septembre 2022, req. n° 436939, CNB, *Ordre des avocats au barreau de Paris et a., Syndicat des avocats de France et syndicat de la magistrature* ; req. n° 437002, *Syndicat des avocats de France et Syndicat de la magistrature*, § 42, 43 et 64 et dispositif.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Panthéon-Assas  
Licence droit 3ème année Melun 2023-2024

4° *Si le juge ou l'autorité administrative doit, en application d'une disposition particulière, procéder à une tentative préalable de conciliation ;*

5° *Si le créancier a vainement engagé une procédure simplifiée de recouvrement des petites créances, conformément à l'article L. 125-1 du code des procédures civiles d'exécution. »*

L'article 750-1 visait initialement deux cas où le recours préalable à un M.A.R.D. est imposé au demandeur, à peine d'irrecevabilité de sa demande. A la lecture du texte, on comprenait que le législateur a voulu imposer cette obligation au demandeur dans des matières où les parties sont dispensées du ministère d'avocat, en raison de leur nature ou de leur faible montant. Le législateur avait donc voulu limiter la liberté d'accès aux tribunaux dans les cas où le plaideur n'était pas freiné, dans l'exercice de cette liberté, par le coût d'intervention d'un auxiliaire de justice. Son but avait été clairement d'entraver la liberté des particuliers de saisir eux-mêmes le tribunal, ce qu'on ne peut que déplorer.

L'obligation de recourir à un M.A.R.D. avant de saisir, en cas d'échec, la juridiction dérogeant au principe de la liberté d'accès au juge, est une disposition exceptionnelle, d'interprétation stricte. Elle n'est donc applicable que dans les cas prévus par l'article 750-1 du Code de procédure civile : son champ d'application ne saurait être étendu à d'autres cas au moyen d'un raisonnement par analogie.

Dans ces deux cas initialement prévus, comme on va s'en expliquer plus loin, la procédure applicable devant le tribunal judiciaire est une procédure simplifiée, orale et sans ministère d'avocat obligatoire.

Néanmoins le législateur s'était laissé la possibilité d'étendre dans le futur le domaine de l'obligation préalable à d'autres hypothèses, y compris des hypothèses où la procédure applicable serait écrite et avec représentation obligatoire par avocat<sup>1</sup>. En effet, il a inséré l'article 750-1 dans un sous-titre relatif aux dispositions communes gouvernant la procédure devant le tribunal judiciaire, et non dans celui consacré à la procédure orale. Le législateur a donc la possibilité d'accroître progressivement la portée de cette obligation préalable, en limitant d'autant la liberté d'accès au juge. C'est ce qu'il a fait récemment, par un décret du 25 février 2022<sup>2</sup>, en ajoutant un troisième cas, où le recours préalable à un M.A.R.D. est obligatoire : lorsque la demande est relative à un trouble anormal de voisinage. Une telle demande n'est en effet pas toujours dispensée du ministère d'avocat obligatoire. Tout dépend du montant des dommages-intérêts, ainsi que des mesures que le demandeur sollicite.

On détaillera ci-après les deux hypothèses où, pour l'heure, le législateur a imposé au demandeur de recourir préalablement à un M.A.R.D. pour s'efforcer de résoudre son différend à l'amiable.

- Demande n'excédant pas un montant de 5 000 €

Non seulement une telle demande relève d'une procédure simplifiée, orale et sans ministère d'avocat obligatoire devant le tribunal judiciaire, mais encore elle est jugée en premier et dernier ressort.

Tout d'abord, en effet, sauf dans les matières relevant de la compétence exclusive du tribunal judiciaire, les parties sont dispensées de constituer avocat devant ce tribunal lorsque « *la demande porte sur un montant inférieur ou égal à 10 000 euros ou a pour objet une demande indéterminée ayant pour origine l'exécution d'une obligation dont le montant n'excède pas 10 000 euros.* » (article 761, 3°, du Code de procédure civile).

Une telle demande relève de la compétence du tribunal de proximité (article D. 212-19-1 du Code de l'organisation judiciaire renvoyant aux annexes du Code, tableau IV-II, 1°), composante du tribunal judiciaire localisée ailleurs qu'à son siège (article L. 212-8 du Code de l'organisation judiciaire), ayant hérité notamment des compétences de l'ancien tribunal d'instance<sup>3</sup>. Naguère, en effet, cette demande était de la compétence du tribunal d'instance. Il

<sup>1</sup> Amrani-Mekki, *op. cit.*, n° 11.

<sup>2</sup> F.-X. Berger « Décret d'application de la loi pour la confiance dans l'institution judiciaire : répercussions sur la procédure civile », *Dalloz actualité*, 3 mars 2022 ; L. Mayer « Les aspects du décret n° 2022-245 du 25 février 2022 relatifs aux modes amiables de résolution des différends », *Gaz. Pal.* 26 avril 2022, p. 60 et suiv. ;

<sup>3</sup> A compter du 1er janvier 2020, en vertu de la loi du 23 mars 2019, le tribunal d'instance a été supprimé et le tribunal de grande

ne faut toutefois pas se méprendre sur cette appellation de tribunal de proximité : celui-ci n'est qu'une « antenne » du tribunal judiciaire, et non une juridiction distincte, comme l'était le tribunal d'instance par rapport au tribunal de grande instance<sup>1</sup>. Enfin, à défaut de chambre de proximité au sein du tribunal judiciaire concerné, c'est celui-ci lui-même qui est compétent.

La procédure est identique à celle qui était applicable au tribunal d'instance. En effet, les parties se défendent elle-même, mais elles peuvent aussi se faire représenter ou assister par une des personnes limitativement énumérées par la loi (article 762 du Code de procédure civile). La procédure est orale (article 817 du Code de procédure civile), à moins que les parties n'aient donné expressément leur accord pour qu'elle se déroule sans audience, auquel cas elles formulent leurs prétentions et moyens par écrit (articles L. 212-5-1 du Code de l'organisation judiciaire et 828 du Code de procédure civile combinés). Enfin, le tribunal statue à juge unique (article R. 212-8, 12° du Code de l'organisation judiciaire)<sup>2</sup>. Il en va ainsi qu'une chambre de proximité du tribunal judiciaire connaisse du contentieux ou que ce soit le tribunal judiciaire lui-même<sup>3</sup>.

Ensuite, le taux du ressort est actuellement fixé à 5 000 € (articles R. 211-3-24 et R. 211-3-25 du Code de l'organisation judiciaire). Les demandes portant sur un montant inférieur ou égal à ce montant sont donc jugées par le tribunal judiciaire ou sa chambre de proximité en premier et dernier ressort.

Les dispositions de l'article 750-1 du Code de procédure civile prévoyant qu'une demande tendant au paiement d'une somme inférieure ou égale à 5 000 € doit être précédée de la recherche d'une solution amiable du litige par un M.A.R.D. soulèvent deux difficultés d'interprétation :

- Qu'entendre par montant de la demande ?
- Que décider en cas de pluralité de demandes ?
- Détermination du montant de la demande

Pour déterminer le montant de la demande, il convient de se référer à la jurisprudence antérieure à la loi du 23 mars 2019. La Cour de cassation avait en effet eu l'occasion de préciser cette notion, pour déterminer si une demande est jugée en premier et dernier ressort ou, au contraire, à charge d'appel et aussi, à l'époque, pour déterminer si elle relevait de la compétence de feu le tribunal d'instance ou du tribunal de grande instance.

Selon la Cour de cassation, le montant à prendre en considération est celui du montant de la demande exprimée en principal dans les dernières conclusions du demandeur<sup>4</sup>. Dans les procédures orales, à défaut d'écritures des parties, on prendra en compte le montant dont le plumeur d'audience, enregistrant les prétentions des parties, aura fait état<sup>5</sup>.

La notion de montant de la demande inclut :

- le capital,
- augmenté des fruits et des dommages et des intérêts échus au jour de l'introduction de l'instance<sup>6</sup>.

Elle exclut en revanche :

---

instance rebaptisé « tribunal judiciaire » (cf. not. article L. 211-1 du Code de l'organisation judiciaire). Le tribunal judiciaire « peut comprendre, en dehors de son siège, des chambres de proximité dénommées "tribunaux de proximité", dont le siège et le ressort ainsi que les compétences matérielles sont fixées par décret » (article L. 212-8 du Code de l'organisation judiciaire). S. Degouys « 1er janvier 2020 : disparition du tribunal d'instance, naissance du tribunal judiciaire », *JCP* 11 novembre 2019, 1144.

<sup>1</sup> Cf. *infra* : première partie « L'accès au juge », titre II « La compétence », chap. I « Détermination de la compétence », section 1 « Détermination de la compétence », § 1 « Compétence matérielle des juridictions de première instance ».

<sup>2</sup> Cf. *infra* : première partie « L'accès au juge », titre II « La compétence », chap. I « Détermination de la compétence », section 1 « Détermination de la compétence », § 1 « Compétence matérielle des juridictions de première instance », C. « Le tribunal judiciaire, tribunal à juge unique en certaines matières ».

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> Civ. 2, 5 janvier 1967, préc., à propos du taux du ressort : « le taux de ressort doit être apprécié d'après la demande telle qu'elle résulte des dernières conclusions » ; dans le même sens : Civ. 2, 5 mai 1967, *B. II*, n° 169 ; Civ. 3, 15 juin 1977, *B. III*, n° 259, décisions toutes deux rendues également à propos du taux du ressort.

<sup>5</sup> Chainais et alii, *op. cit.*, n° 1500.

<sup>6</sup> Civ. 3, 13 février 1991, n° 89-12759, *B. III*, n° 53 : inclusion des dommages-intérêts pour procédure abusive dans le montant de la demande, pour déterminer si celle-ci excède ou non le taux du ressort.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Panthéon-Assas  
Licence droit 3ème année Melun 2023-2024

- les intérêts échus au cours du procès ;
- les frais de justice, dépens ou frais irrépétibles de l'article 700 du Code de procédure civile<sup>1</sup>.

- Hypothèse d'une pluralité de demandes

Il convient alors de se référer aux articles 35 et 36 du Code de procédure civile, pour déterminer le montant à prendre en considération.

En effet, l'article 34 du Code de procédure civile dispose que la compétence en raison du montant de la demande – à l'époque de la rédaction de ce texte, le tribunal d'instance et le tribunal de grande instance avaient une compétence déterminée en fonction de ce montant<sup>2</sup> – et le taux du ressort sont déterminées par les articles 35 à 39 du même code. Ceux-ci précisent, en réalité, les règles d'évaluation, lorsque le juge est saisi de plusieurs demandes, en distinguant l'hypothèse d'une pluralité de demandes initiales (articles 35 et 36) et celle d'une ou plusieurs demandes incidentes venant se greffer sur la demande principale (articles 37 et 38). A défaut d'autres dispositions, ces règles doivent être appliqués par analogie pour l'interprétation de la notion de montant de la demande au sens de l'article 750-1 du Code de procédure civile. Néanmoins la demande que ce texte vise étant la demande initiale, dont il exige qu'elle soit précédée d'un recours à un M.A.R.D. lorsque son montant est inférieur ou égal à 5 000 €, seuls les articles 35 et 36 du Code de procédure civile, réglant l'hypothèse d'une pluralité de demandes initiales, sont concrètement applicables par analogie.

Les articles 35 et 36 traitent successivement du cas où les diverses demandes initiales sont formées par un demandeur unique contre un défendeur unique et de celui où il existe une pluralité de demandeurs ou de défendeurs dans la même instance.

- Demandes émanant d'un demandeur unique contre un défendeur unique

L'article 35 du Code de procédure civile distingue suivant que les demandes sont, ou non, connexes ou fondées sur les mêmes faits.

- o Demandes connexes ou fondées sur les mêmes faits : la compétence et le taux du ressort sont déterminés par la valeur totale des demandes (article 35, alinéa 2)<sup>3</sup>. Si une des demandes est indéterminée, le caractère indéterminée doit être retenu pour le tout<sup>4</sup>.

Ex. demandes en paiement d'une créance de dommages-intérêts d'un montant de 4 000 € en réparation du dommage causé par l'inexécution d'un contrat et en constatation de l'acquisition d'une clause résolutoire insérée dans ce contrat : on devra considérer que la demande est indéterminée et, partant, que l'article 750-1 du Code de procédure civile est inapplicable<sup>5</sup>.

- o Demandes non connexes et fondées sur des faits différents : La compétence et le taux du ressort sont déterminés par la nature et la valeur de chaque demande isolément considérée (article 35, alinéa 1er)<sup>6</sup>.

- Pluralité de demandeurs ou de défendeurs dans la même instance

L'article 36 du Code de procédure civile envisage l'hypothèse de demandes émises en vertu d'un titre commun, à distinguer, donc, de celle où les demandes ne procèdent pas d'un titre commun.

- o Demandes émises en vertu d'un titre commun

L'expression de « *titre commun* » doit s'entendre de la cause génératrice des droits invoqués par ou contre les litisconsorts<sup>7</sup>.

Ex. obligation solidaire : la solidarité active mettra aux prises plusieurs créanciers et un débiteur, la solidarité passive plusieurs débiteurs et un créancier unique.

<sup>1</sup> Civ. 2, 2 octobre 1981, B. II, n° 177, à propos du taux du ressort : « *la demande formée au titre de l'article 700 du nouveau Code de procédure civile ne constitue pas une prétention dont la valeur doit être prise en compte pour la détermination du taux du ressort* ».

<sup>2</sup> Le tribunal d'instance était compétent pour connaître des demandes d'un montant inférieur ou égal à 10 000 € (ancien article L. 221-4 du Code de l'organisation judiciaire), le tribunal de grande instance, rebaptisé depuis tribunal judiciaire, pour connaître des demandes supérieures à ce montant (article L. 211-3 du Code de l'organisation judiciaire en sa rédaction antérieure à la loi du 23 mars 2019).

<sup>3</sup> Cf. par ex. Civ. 3, 3 avril 2001, n° 99-15636 ; Civ. 3, 13 novembre 2002, n° 01-10270 ; Civ. 2, 31 mars 2011, n° 10-16479 ; Civ. 2, 27 juin 2013, n° 12-20841. Il en va ainsi lorsque une demande est formée à titre principal et l'autre à titre subsidiaire : Civ. 2, 19 mars 2015, n° 14-10122, B. II, n° 64 ; Civ. 2, 15 février 2018, n° 17-15396.

<sup>4</sup> Soc. 17 décembre 1992, n° 90-18092 ; Civ. 1, 7 février 1995, n° 92-19794, B. I, n° 70 : demande principale inférieure au taux de compétence et demande reconventionnelle indéterminée connexe, sachant que l'article 39 du Code de procédure civile, qui traite des demandes incidentes, renvoie expressément à l'article 35.

<sup>5</sup> [www.justice.gouv.fr/art\\_pix/ProcEDURE\\_civile\\_Decret%20n%20B0%202019-1333\\_FAQ.pdf](http://www.justice.gouv.fr/art_pix/ProcEDURE_civile_Decret%20n%20B0%202019-1333_FAQ.pdf) p. 7.

<sup>6</sup> Cf. par ex. Civ. 2, 4 mai 1987, n° 85-18387.

<sup>7</sup> Civ. 2, 29 avril 1997, *Procédures* 1997, n° 177, obs. R. Perrot.



Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Panthéon-Assas  
Licence droit 3ème année Melun 2023-2024

La compétence et le taux du ressort sont alors déterminés, pour l'ensemble des prétentions, par la plus élevée d'entre elles, selon l'article 36 précité.

Ex. une des demandes porte sur un montant de 11.000 €, tandis que les deux autres sont respectivement de 7.000 € et 3.000 €. L'ensemble du litige échappera alors à la compétence de la chambre de proximité s'il en existe une au sein du tribunal judiciaire considéré. La procédure sera, en principe, écrite et avec ministère d'avocat obligatoire.

Ex. les trois demandes sont d'un montant respectif de 3.500 €, 7.000 € et 3.000 €. L'affaire sera alors jugé pour le tout par la chambre de proximité s'il en existe une, mais à charge d'appel, puisque la plus élevée des demandes excède le taux du ressort. La procédure applicable en première instance sera la procédure orale et sans représentation obligatoire.

◦ Demandes émises en l'absence de titre commun

L'article 36 étant muet, la Cour de cassation estime qu'il faut en revenir, par un raisonnement *a fortiori*, à la règle de l'article 35, alinéa 1er<sup>1</sup>, apparemment même dans l'hypothèse où ces demandes sont unies par un lien de connexité<sup>2</sup>. En conséquence, la compétence et le taux du ressort seront déterminés isolément pour chacune des demandes.

• Demande relative à un conflit de voisinage

Ces demandes sont également soumises à une procédure orale et sans représentation obligatoire (articles 761, 2° et 817 du Code de procédure civile, articles R. 211-3-4 et R. 211-3-8 du Code de l'organisation judiciaire, tableau IV-II annexé au Code de l'organisation judiciaire, 6° et 15° à 19°, le tout combinés<sup>3</sup>). Les parties peuvent alors soit se défendre elles-mêmes, soit se faire assister ou représenter par une des personnes énumérées limitativement par la loi (article 762 du Code de procédure civile). Ces demandes sont de la compétence du tribunal de proximité ou du tribunal judiciaire lui-même lorsqu'il ne comprend pas de chambre de proximité (tableau IV-II annexé au Code de l'organisation judiciaire, 6° et 15° à 19°, combinés). Dans tous les cas, le tribunal statue à juge unique (article R. 212-8, 19° du Code de l'organisation judiciaire)<sup>4</sup>.

Sont plus précisément concernées les actions suivantes, visées aux articles R. 211-3-4 et R. 211-3-8 du Code de l'organisation judiciaire, auxquels l'article 750-1 du Code de procédure civile renvoie expressément, et aux articles 6°, 15° à 19° du tableau IV-II annexé au Code de l'organisation judiciaire :

- actions en bornage ;
- actions relatives à la distance prescrite par la loi, les règlements particuliers et l'usage des lieux pour les plantations ou l'élagage d'arbres ou de haies ;
- actions relatives aux constructions et travaux mentionnés à l'article 674 du code civil ;
- actions relatives au curage des fossés et canaux servant à l'irrigation des propriétés ou au mouvement des usines et moulins ;
- contestations relatives à l'établissement et à l'exercice des servitudes instituées par les articles L. 152-14 à L. 152-23 du code rural et de la pêche maritime, 640 et 641 du code civil ainsi qu'aux indemnités dues à raison de ces servitudes ;
- contestations relatives aux servitudes établies au profit des associations syndicales prévues par l'ordonnance n° 2004-632 du 1er juillet 2004 relative aux associations syndicales de propriétaires.

Ces actions relevaient naguère de la compétence du tribunal d'instance.

• Demande relative à un trouble anormal de voisinage

La responsabilité pour trouble de voisinage est une création prétorienne au champ d'application incertain<sup>5</sup>. Une demande en réparation du dommage causé par un trouble anormal

<sup>1</sup> Civ. 2, 7 octobre 1982, B. II, n° 120 ; cf. Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. I, p. 192.

<sup>2</sup> Civ. 2, 7 avril 2011, n° 10-17908 ; Civ. 1, 19 mars 2015, n° 13-27414, B. I, n° 67 (sur le deuxième moyen, non publié au *Bulletin*). Il y avait eu antérieurement des hésitations.

<sup>3</sup> Bonjour la simplicité et toutes nos félicitations aux auteurs de la loi du 23 mars 2019 et au décret du 11 décembre 2019, qui sont parvenus à rendre proprement illisibles les codes de procédure civile et de l'organisation judiciaire.

<sup>4</sup> Cf. *infra* : première partie « L'accès au juge », titre II « La compétence », chap. I « Détermination de la compétence », section I « Détermination de la compétence », § I « Compétence matérielle des juridictions de première instance », C. « Le tribunal judiciaire, tribunal à juge unique en certaines matières ».

<sup>5</sup> Cf. par ex. L. Leveneur et S. Mazeaud-Leveneur, *Droit des biens*, LexisNexis, 2021, n° 84 et suiv. ; Ph. Brun, *Responsabilité civile*

de voisinage et en cessation de ce trouble pour l'avenir peut être dispensée, ou non, du ministère d'avocat obligatoire. Pour le savoir, il convient de se référer aux critères légaux et jurisprudentiels énoncés précédemment, à propos des demandes déterminées et indéterminées.

Le législateur s'est donc affranchi de la logique sur laquelle les deux premiers cas de recours obligatoire à un M.A.R.D. reposaient. En outre, l'imprécision de ce nouveau cas est générateur d'insécurité juridique et risque d'entraîner le développement d'un contentieux superflu, une fois de plus.

Les articles 4-1 et suivants de la loi du 18 novembre 2016, ajoutés par cette loi par l'article 4 de la loi du 23 mars 2019, ont organisé parallèlement les services de médiation ou de conciliation en ligne, en soumettant les personnes les proposant à plusieurs obligations :

- obligation d'information quant aux modalités selon lesquelles la résolution amiable sera recherchée,
- obligation de confidentialité (article 4-1),
- obligation d'impartialité (article 4-6).

Aux termes de l'article 4-3 de la loi, ces services en ligne ne peuvent avoir pour seul fondement un traitement algorithmique ou automatisé de données à caractère personnel. Lorsque ce service est proposé à l'aide d'un tel traitement, les parties doivent en être informées par une mention explicite et doivent expressément y consentir. Les règles définissant ce traitement ainsi que les principales caractéristiques de sa mise en œuvre sont communiquées par le responsable de traitement à toute partie qui en fait la demande. Le responsable de traitement s'assure de la maîtrise du traitement et de ses évolutions afin de pouvoir expliquer, en détail et sous une forme intelligible, à la partie qui en fait la demande la manière dont le traitement a été mis en œuvre à son égard.

Enfin, selon l'article 4-7 de la loi, ces services en ligne pourront bénéficier d'une accréditation par un organisme de certification accrédité, sans que cette certification soit néanmoins exigée pour exercer l'activité.

β) Sanction de la méconnaissance de l'obligation préalable du demandeur de mettre en œuvre un M.A.R.D.

L'article 4 de la loi du 18 novembre 2016 et l'article 750-1 du Code de procédure civile l'indiquent expressément, la sanction de l'inobservation de l'obligation, pour le demandeur, dans le type de litiges visés par le texte, de faire précéder sa saisine de la juridiction d'une tentative de résolution amiable du litige par le recours à un M.A.R.D. est l'irrecevabilité de la demande, que le juge peut prononcer d'office.

De deux choses l'une, par conséquent :

- si le défendeur se prévaut de l'irrecevabilité de la demande, faute pour le demandeur d'avoir recouru vainement à un M.A.R.D. avant de saisir le juge, ce dernier devra accueillir cette fin de non-recevoir ;
- si le défendeur n'invoque pas l'irrecevabilité de la demande, le juge a la faculté, et non l'obligation, de la relever d'office.

χ) Exceptions à l'obligation préalable du demandeur de mettre en œuvre un M.A.R.D.

Même dans les litiges qu'ils visent limitativement, l'article 4 de la loi du 18 novembre 2016 et l'article 750-1 du Code de procédure civile dispensent exceptionnellement le demandeur de son obligation de tenter préalablement une résolution amiable du litige au moyen d'un M.A.R.D., en certains cas<sup>1</sup>. Il appartient au demandeur d'établir qu'il réunit les conditions nécessaires à l'application d'une de ces exceptions légales limitativement énumérées.

- Aux termes de l'article 4 de la loi du 18 novembre 2016 en sa rédaction issue de la loi du 23 mars 2019, tout d'abord, l'obligation préalable ne s'applique pas aux litiges relatifs au crédit à la consommation ou au crédit immobilier consenti par un professionnel à un consommateur (article L. 314-26 du Code de la consommation)<sup>2</sup>.

*extracontractuelle*, 5ème éd., LexisNexis, 2018, n° 497 et suiv.

<sup>1</sup> Maugain, *op. cit.*

<sup>2</sup> En sa rédaction issue du décret du 11 décembre 2019, l'article 750-1 du Code de procédure civile n'a pas repris cette exception. Mais il n'a pu évidemment abroger la disposition de l'article 4 de la loi du 18 novembre 2016 qui la prévoit. Elle reste donc en vigueur.

- Aux termes de l'article 750-1 du Code de procédure civile, ensuite les parties sont également dispensés de cette obligation dans les cas suivants :

« 1° Si l'une des parties au moins sollicite l'homologation d'un accord », car la conciliation a déjà, par hypothèse, eu lieu et porté ses fruits, puisqu'elle a débouché sur un accord.

« 2° Lorsque l'exercice d'un recours préalable est imposé auprès de l'auteur de la décision », comme c'est le cas dans le contentieux administratif ;

« 3° Si l'absence de recours à l'un des modes de résolution amiable mentionnés au premier alinéa est justifiée par un motif légitime tenant soit à l'urgence manifeste, soit aux circonstances de l'espèce rendant impossible une telle tentative ou nécessitant qu'une décision soit rendue non contradictoirement, soit à l'indisponibilité de conciliateurs de justice entraînant l'organisation de la première réunion de conciliation dans un délai supérieur à trois mois à compter de la saisine d'un conciliateur ; le demandeur justifie par tout moyen de la saisine et de ses suites ».

De toute évidence, le pouvoir réglementaire n'a entendu exonérer le plaideur de l'obligation imposée par l'article 750-1, alinéa 1er, qu'à titre exceptionnel. En témoigne les formules restrictives employées : « urgence manifeste », « impossibilité », « indisponibilité de conciliateurs de justice »<sup>1</sup>...

Il n'en demeure pas moins qu'une exception rédigée en termes aussi flous voire confus est génératrice d'insécurité juridique : rien n'est plus sujet à interprétation que la notion de motif légitime. Or les hypothèses de motif légitime données par le texte sont elles-mêmes imprécises et laissent un large pouvoir d'appréciation au juge<sup>2</sup>. Ce langage bureaucratique est extrêmement regrettable, dès lors que la sanction encourue en cas de violation de l'obligation de recourir préalablement à un M.A.R.D., l'irrecevabilité de la demande qui peut être prononcée d'office, est particulièrement grave pour le demandeur.

Aussi, saisi d'un recours pour excès de pouvoir par des syndicats d'avocats et de magistrats, le Conseil d'Etat avait-il déclaré entaché d'excès de pouvoir l'article 750-1 du Code de procédure civile, dans sa version issue du décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019, en ce que le texte ne précisait pas suffisamment les modalités et les délais selon lesquels l'indisponibilité d'un conciliateur de justice est établie<sup>3</sup>. Selon le Conseil d'Etat, en effet, l'indétermination des critères permettant de regarder les conditions de recevabilité d'une demande comme remplies, est de nature à porter atteinte au droit d'exercer un recours effectif devant une juridiction, garanti par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. En conséquence, le Conseil d'Etat avait annulé l'article 750-1 du Code de procédure civile en totalité.

Un décret n° 2023-357 du 11 mai 2023 a réintroduit l'article 750-1, en remaniant la rédaction de l'exception visée au 3°. Le texte indique en effet désormais que l'indisponibilité de conciliateurs de justice doit être telle qu'elle entraîne « l'organisation de la première réunion de conciliation » dans « délai supérieur à trois mois à compter de la saisine d'un conciliateur ». En outre, le texte dispose dorénavant que « le demandeur justifie par tout moyen de la saisine et de ses suites ». Mais l'exception de l'article 750-1, 3° n'en reste pas moins rédigée dans des termes bureaucratiques abscons et elle laisse trop de marge de manœuvre au juge, étant donné la gravité de la sanction auquel le plaideur s'expose s'il n'établit pas que les conditions du texte sont remplies pour échapper à l'obligation de recourir préalablement à un M.A.R.D.

<sup>1</sup> Le texte disposait antérieurement : « Si l'absence de recours à l'un des modes de résolution amiable mentionnés au premier alinéa est justifiée par un motif légitime tenant soit à l'urgence manifeste soit aux circonstances de l'espèce rendant impossible une telle tentative ou nécessitant qu'une décision soit rendue non contradictoirement, soit à l'indisponibilité de conciliateurs de justice entraînant l'organisation de la première réunion de conciliation dans un délai manifestement excessif au regard de la nature et des enjeux du litige ». Il n'en demeure pas moins qu'une exception rédigée en termes aussi flous voire confus est génératrice d'insécurité juridique : rien n'est plus sujet à interprétation que la notion de motif légitime. Or les hypothèses de motif légitime données par le texte sont elles-mêmes imprécises et laissent un large pouvoir d'appréciation au juge

<sup>2</sup> Amrani-Mekki, *op. cit.*, n° 12.

<sup>3</sup> CE 22 septembre 2022, req. n° 436939, CNB, *Ordre des avocats au barreau de Paris et a., Syndicat des avocats de France et syndicat de la magistrature* ; req. n° 437002, *Syndicat des avocats de France et Syndicat de la magistrature*, § 42, 43 et 64 et dispositif.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Panthéon-Assas  
Licence droit 3ème année Melun 2023-2024

En sa nouvelle rédaction, l'article 750-1 est applicable « *aux instances introduites à compter du 1er octobre 2023* » (article 4 du décret du 11 mai 2023)

« 4° *Si le juge ou l'autorité administrative doit, en application d'une disposition particulière, procéder à une tentative préalable de conciliation.* »

Par exemple le Conseil de prud'hommes, où, dans la plupart des procédures au fond, le bureau de jugement ne tranche le litige que si les parties ne se sont pas conciliées devant le bureau de conciliation, devant lequel elles doivent préalablement comparaître<sup>1</sup>. Dès lors en effet que la procédure intègre elle-même une phase de conciliation, une tentative de conciliation préalable à l'engagement de la procédure ferait double emploi avec cette phase de conciliation.

Mais la procédure orale ordinaire aux fins de jugement devant le tribunal judiciaire intègre aussi une tentative préalable de conciliation par le juge (article 827 du Code de procédure civile). Or certains des litiges visés à l'article 750-1, alinéa 1er, du Code de procédure civile sont précisément de ceux soumis à cette procédure, on l'a vu. On peut donc se demander si l'exception de l'article 750-1, 4°, ne vide pas en grande partie le principe du premier alinéa de ce texte de son contenu<sup>2</sup>.

En conclusion, l'obligation de recourir à un M.A.R.D. préalablement à la saisine du juge à peine d'irrecevabilité est limitée dans son champ d'application et sujette à plusieurs exceptions. Elle n'en porte pas moins gravement atteinte à la liberté d'accès aux tribunaux.

Abandonnant désormais les M.A.R.D. à leur sort, on se consacrerait au règlement judiciaire des litiges, objet essentiel d'un cours de procédure civile.

---

<sup>1</sup> Articles R. 1452-1 et R. 1454-1 du Code du travail.

<sup>2</sup> Cf. *infra* : deuxième partie « L'instance », titre II « Déroulement de l'instance », Chap. I « Les procédures devant le tribunal judiciaire », Section 2 « La procédure orale », § 1 « La procédure orale ordinaire », B. « Déroulement de la procédure orale ordinaire », 2 « La procédure aux fins de jugement », a. « Saisine du tribunal ».

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Panthéon-Assas  
Licence droit 3ème année Melun 2023-2024

PLAN DU COURS

Première partie : L'accès au juge

Titre I : L'action en justice  
Titre II : La compétence

Deuxième partie : L'instance

Titre I : Cadre juridique de l'instance  
Titre II : Déroulement de l'instance  
Titre III : Incidents d'instance

Troisième partie : Le dénouement du procès

Titre I : Le jugement  
Titre II : Les voies de recours

## PREMIERE PARTIE : L'ACCES AU JUGE

L'accès au juge est subordonné à l'existence d'une action en justice, exercée devant la juridiction compétente pour en connaître.

Titre 1 : L'action en justice

Titre 2 : La compétence

### Titre I : L'action en justice

L'article 30, alinéa 1er, du Code de procédure civile définit l'action en justice – envisagée du côté du demandeur<sup>1</sup> – comme « *le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci.* » L'action est donc un pouvoir légal, en vertu duquel une personne saisit une autorité juridictionnelle à l'effet de l'obliger à statuer sur le fond d'une contestation<sup>2</sup>.

- Pouvoir légal, c'est-à-dire un pouvoir donné par la loi.
- Pouvoir tendant à saisir une autorité juridictionnelle, c'est-à-dire un juge qui rendra un jugement assorti de l'autorité de la chose jugée. L'action en justice se distingue ainsi de certains recours à caractère administratif, comme le recours hiérarchique ou le recours gracieux. Ces recours, en effet, tendent à saisir une autorité administrative qui rendra une décision administrative, et non un jugement. Cette décision administrative est susceptible, le cas échéant, d'être frappé un recours pour excès de pouvoir devant la juridiction administrative.
- Pouvoir tendant à obliger le juge à statuer sur le fond d'une contestation. Le juge n'est tenu de statuer ainsi, que s'il a été valablement saisi par l'action en justice. Il en résulte, on le verra, que si la prétention est irrecevable, le demandeur est dépourvu du droit d'agir, conformément à l'article 32 du Code de procédure civile.

L'importance de l'action en justice est incontestable, car elle sert de substitut civilisé à la vengeance privée, selon le mot d'Eduardo Couture. Il est donc indispensable d'offrir à tous ceux dont le droit a été méconnu, la possibilité de s'adresser à une autorité juridictionnelle pour en obtenir la sanction.

Malgré cette importance, le Code de procédure civile de 1806 ne contenait que de rares dispositions fragmentaires sur cette notion. Dans le silence de la loi, la doctrine et la jurisprudence s'étaient efforcées d'élaborer une théorie générale de l'action en justice, partiellement reprise dans les articles 30 à 32 du Code de procédure civile. En outre, le Code de procédure civile en a fixé le régime, à travers les dispositions qu'il consacre, aux articles 53 et suivants, à la demande en justice et aux moyens de défense. La demande en justice, en effet, on le verra, n'est rien d'autre que la concrétisation processuelle de l'action.

Chap. I : Généralités sur l'action en justice

section 1 : Notion d'action en justice

section 2 : Caractères de l'action en justice

section 3 : Classifications des actions en justice

Chap. II : Régime de l'action en justice

section 1 : Existence de l'action en justice

section 2 : Exercice de l'action en justice

### Chapitre I : Généralités sur l'action en justice

On examinera successivement la notion d'action en justice, les caractères de l'action en justice et enfin les

<sup>1</sup> Cf. *infra* : chap. I, section 1.

<sup>2</sup> Perrot, *Droit judiciaire privé*, Les Cours du droit, 1977, t. I, p. 35-36, auquel les développements qui suivent sont empruntés. *Adde*, plus anciens, les développements de Solus et Perrot, *op. cit.*, t. I, n° 94.

classifications des actions en justice.

## Section 1 : Notion d'action en justice<sup>1</sup>

Dans la mesure où l'action va réaliser une jonction entre le droit et la procédure, on eu tendance à la confondre avec la demande qui n'est que la concrétisation de l'action. Mais on l'a aussi confondu avec le droit substantiel dont elle assure la jonction, alors même que la loi présente l'action comme un droit subjectif. Or, pour cerner cette notion, il convient de la distinguer des deux autres. En effet, le droit substantiel est le fondement de l'action, laquelle se concrétise dans une demande en justice. Ainsi peut-on parler de l'autonomie de l'action.

### § 1 Action et droit substantiel

L'action est autonome par rapport au droit substantiel qui lui sert, le cas échéant, de support ; mais des liens ne les en unissent pas moins.

#### A. Autonomie de l'action par rapport au droit substantiel

Considérée à l'origine comme un simple aspect du droit substantiel, l'action en justice en est aujourd'hui distinguée.

##### 1. Conception classique de l'action : l'action est le droit en mouvement<sup>2</sup>

A l'origine et jusque dans la première moitié du vingtième siècle, les deux prérogatives ont été confondues. Pour Savigny, en effet, l'action était une simple métamorphose du droit subjectif substantiel<sup>3</sup>. Demolombe la définissait comme le droit mis en mouvement, le droit en temps de guerre<sup>4</sup>, Ripert comme le droit en exercice<sup>5</sup>. Dans une formule ramassée, Garsonnet<sup>6</sup> déclare, quant à lui, que « *l'action n'est pas autre chose que le droit lui-même* ».

Cette analyse était héritée du droit romain, où les droits substantiels n'existaient qu'à travers la reconnaissance d'une action les sanctionnant. Il en résultait que le demandeur débouté n'avait pas de droit. Pourtant il a pu exercer une action, puisqu'il a obligé le juge à statuer<sup>7</sup>. Sous l'influence d'idées empruntées à la doctrine publiciste, cette objection a conduit les auteurs modernes à analyser l'action en justice en un droit distinct du droit substantiel<sup>8</sup>.

##### 2. Conception moderne de l'action : l'action, prérogative juridique distincte du droit substantiel

L'action est un droit autonome, distinct du droit substantiel, et protégé en lui-même.

###### a. L'action, droit autonome

De nos jours, la doctrine dominante<sup>9</sup> rejette ce qu'elle considère comme une confusion de la part de la doctrine classique entre le droit substantiel et le droit d'agir.

D'une part, il existe des actions sans droit. Il arrive, en effet, que l'action tende à la protection d'une norme juridique objective, et non à la protection d'un droit subjectif. Tel est le cas du recours pour

<sup>1</sup> H. Motulsky « Le droit subjectif et l'action en justice », in : *Écrits, études et notes de procédure civile*, préf. G. Bolard, réimpr. Dalloz, 2009, 85 et suiv. ; G. Wiederkehr « La notion d'action en justice selon l'article 30 NCPC », in : *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, 949 et suiv. ; G. Wiederkehr « Une notion controversée : l'action en justice », in : *Études offertes au doyen Philippe Simler*, Dalloz et Litec, 2006, 903 et suiv. ; G. Bolard « Notre belle action en justice », in : *Mélanges en l'honneur de Georges Wiederkehr*, Dalloz, 2009, 17 et suiv.

<sup>2</sup> J. Carbonnier, *Droit civil*, PUF, coll. Quadrige, 2004, t. I, *Introduction* ; *La famille, l'enfant, le couple*, n° 191, p. 368-369.

<sup>3</sup> F. C. de Savigny, *Traité de droit romain*, trad. Ch. Guénoux, Paris : Firmin-Didot, 1855-1860, t. V, § 204.

<sup>4</sup> Ch. Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. IX, Lahure, 1870, n° 338.

<sup>5</sup> G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4ème éd., LGDJ, 1949, n° 188, p. 368.

<sup>6</sup> E. Garsonnet, *Traité théorique et pratique de procédure*, t. I, 2ème éd., 1898, n° 289, p. 483.

<sup>7</sup> Carbonnier, *op. cit.*, t. I, *loc. cit.* ; Cornu et Foyer, *op. cit.*, n° 73, p. 316.

<sup>8</sup> *Ibid.*

<sup>9</sup> Solus et Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. I, n° 99-100 ; Cornu et Foyer, *Procédure civile*, n° 73 ; Catala et Terré, *Procédure civile et voies d'exécution*, p. 210-211 ; Héron et Le Bars, *Droit judiciaire privé*, n° 49-50 ; Cadiet et Jeuland, *Droit judiciaire privé*, n° 313 et suiv. ; Chainais et alii, *op. cit.*, n° 137.

excès de pouvoir dans le contentieux administratif, de l'action publique dans le contentieux répressif et de l'action du ministère public partie principale en procédure civile<sup>1</sup>. D'autre part, il existe également des droits sans action, par exemple l'obligation naturelle. Il n'y a donc pas d'identification entre l'action et le droit substantiel.

Les travaux fondamentaux de Henri Motulsky<sup>2</sup> pour mieux circonscrire la notion d'action en justice ont été, à cet égard, décisifs. Ils ont directement influencé les dispositions que le Code de procédure civile consacre à l'action, d'autant que les deux autres inspirateurs de ce code, Jean Foyer et Gérard Cornu, en partageaient pleinement les conclusions<sup>3</sup>.

#### α) Le concept d'action en justice selon Motulsky

Dans une trilogie, Motulsky distingue l'action en justice du droit substantiel, de l'accès aux tribunaux, c'est-à-dire de la faculté de saisir un tribunal, et enfin de la demande en justice<sup>4</sup>.

- En premier lieu, loin de se définir par la satisfaction qu'elle est destinée à procurer, l'action se distingue du droit substantiel, ce qui implique nécessairement qu'elle est « *indépendante de son propre succès* ». Avoir une action ne signifie pas « avoir gain de cause ». L'action en justice ne garantit en effet pas l'obtention d'un jugement favorable, elle n'équivaut pas à la consécration effective d'une situation juridique.
- En deuxième lieu, l'accès aux tribunaux ne constitue qu'une liberté générale, une latitude ouverte à tous, tandis que l'action en justice requiert davantage que le simple principe d'une mise en marche de l'appareil judiciaire.
- En troisième lieu, alors que l'action en justice n'est qu'une faculté, une possibilité, un pouvoir, la demande en justice constitue la concrétisation de ces virtualités, la mise en œuvre de l'action.

Motulsky en déduit par élimination que l'action en justice ne peut se définir que comme « *la faculté d'obtenir d'un juge une décision sur le fond de la prétention à lui soumise* »<sup>5</sup>.

Toujours selon Motulsky, cette faculté est un véritable droit subjectif, dont le sujet passif est le juge<sup>6</sup>. D'une manière générale, en effet, l'auteur défend une conception « *structurale* » du droit subjectif, selon laquelle celui-ci consiste en une faculté, pour son titulaire, de déclencher à son profit l'impératif contenu dans une norme juridique<sup>7</sup>. Or, lorsqu'une personne fait valoir une prétention en justice et que les conditions d'existence de son action sont réunies, elle peut exiger du juge qu'elle statue sur le fond de cette prétention. Le juge s'y refuserait-il, qu'il se rendrait coupable de déni de justice, conformément aux dispositions de l'article 4 du Code civil<sup>8</sup>, et encourrait à ce titre une responsabilité.

Dès lors que l'action en justice est le droit d'obtenir du juge une décision sur le fond de la prétention, le droit d'agir, souligne encore Motulsky<sup>9</sup>, fait défaut lorsque la prétention émise en justice est irrecevable. La fin de non-recevoir est en effet un moyen de défense qui tend à obtenir du juge le rejet d'une prétention, abstraction faite de son bien ou mal fondé : par exemple, le défendeur soutient qu'une demande en paiement formée à son encontre est prescrite, si bien que le juge n'a pas le pouvoir d'examiner au fond s'il est vraiment débiteur de la somme réclamée par son créancier. Ainsi la fin de non-recevoir consiste-t-elle à dénier à l'adversaire son droit d'action. L'irrecevabilité de la prétention émise en justice ne traduit donc pas un exercice

<sup>1</sup> Motulsky, *op. cit.*, *passim* ; Chainais et alii, *op. cit.*, *loc. cit.* ; Cadiet et Jeuland, *op. cit.*, n° 313.

<sup>2</sup> Cf. not. Motulsky « Le droit subjectif et l'action en justice », *passim*.

<sup>3</sup> Cornu et Foyer, *op. cit.*, n° 72-73.

<sup>4</sup> Motulsky, *op. cit.*, *passim*, not. II, A, 2° ; du même auteur, note ss. Civ. 2, 6 juin 1962, *JCP* 1963, II, 13191, I, reproduite in : *Écrits et notes de procédure civile*, p. 354 et suiv. ; dans le même sens : Cornu et Foyer, *op. cit.*, n° 72-73.

<sup>5</sup> Motulsky « Le droit subjectif et l'action en justice », II, A. ; du même auteur note ss. Civ. 2, 6 juin 1962, *JCP* 1963, II, 13191, reproduite in : *Écrits*, t. I, *Études et notes de procédure civile*, p. 354 et suiv., I.

<sup>6</sup> Motulsky « Le droit subjectif et l'action en justice », II, B, 2° ; du même auteur note ss. Civ. 2, 6 juin 1962, *JCP* 1963, II, 13191, I.

<sup>7</sup> H. Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé (La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs)*, thèse Lyon, préf. P. Roubier, Sirey, 1948, réimpr. Dalloz, 2002, n° 26 ; « Le droit subjectif et l'action en justice », I, C.

<sup>8</sup> « *Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice.* »

<sup>9</sup> Motulsky « Le droit subjectif et l'action en justice », II, A, 2° ; du même auteur note ss. Civ. 2, 6 juin 1962, *JCP* 1963, II, 13191, II ; dans le même sens : Cornu et Foyer, *op. cit.*, n° 72.



irrégulier de l'action, mais, plus radicalement, l'absence de droit d'agir.

β) Le concept d'action en justice dans le Code de procédure civile

Rédigé sous l'influence de Motulsky, l'article 30 du Code de procédure civile a effectivement consacré l'autonomie du droit d'action par rapport au droit substantiel :

*« L'action est le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée.  
« Pour l'adversaire, l'action est le droit de discuter le bien-fondé de cette prétention. »*

Ce texte appelle plusieurs observations.

- Tout d'abord, il présente l'action comme un droit<sup>1</sup>, qui se distingue du droit substantiel lui servant de support. En effet, l'action est le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond du droit, afin que le juge la dise bien ou mal fondée. L'existence du droit substantiel invoqué est donc une condition de succès de l'action, et non de son existence. Comme l'écrivait Motulsky, l'action en justice est indépendante de son succès.

Une partie de la doctrine<sup>2</sup> persiste néanmoins encore aujourd'hui à contester cette qualification de droit subjectif prêtée à l'action et préfère y voir un pouvoir ou une prérogative légale, plutôt qu'un droit subjectif à proprement parler. Cette opinion doctrinale est sans incidence sur les solutions du droit positif, si bien qu'on se dispensera d'en examiner la pertinence.

Pour pouvoir ester en justice, il faut néanmoins être un sujet de droit, c'est-à-dire avoir la personnalité juridique, la capacité à jouir de droits. Or la personnalité juridique est reconnue par notre droit aux personnes physiques, d'une part, aux personnes morales de l'autre<sup>3</sup>. Aussi un groupement dépourvu de la personne morale, sans personnalité juridique, ne peut-il ester en justice, ni comme demandeur ni comme défendeur. Selon la jurisprudence, une demande formée par<sup>4</sup> ou contre<sup>5</sup> un tel groupement est irrecevable. En effet, le droit d'agir lui fait défaut<sup>6</sup>.

- Ensuite, selon le texte, l'action constitue un droit non seulement pour le demandeur, mais encore pour le défendeur, si ce n'est que son contenu se définit par hypothèse différemment selon qu'il s'agit de l'un ou de l'autre : droit pour le demandeur d'être entendu sur le fond de la prétention, droit pour le défendeur de discuter le bien-fondé de cette prétention.
- Enfin, il résulte de l'article 30 que le demandeur dont la prétention est irrecevable, est dépourvu du droit d'agir, puisqu'il ne sera pas entendu sur le fond de sa prétention. Et réciproquement, le défendeur qui ne peut discuter le bien-fondé de la prétention de son adversaire en raison de l'irrecevabilité de son moyen de défense, est privé du droit d'agir.

Ce lien, que l'article 30 établit entre la recevabilité de la prétention et l'existence de l'action, est affirmé explicitement par deux autres dispositions du Code de procédure civile. Selon l'article 32, tout d'abord, « *Est irrecevable toute prétention émise par ou contre une personne dépourvue du droit d'agir.* » L'article 122, ensuite, définit la fin de non-recevoir de la manière suivante : « *Constitue une fin de non-recevoir tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir...* »

Portant, là encore, l'influence de Motulsky, ces deux textes confirment donc que la recevabilité d'une prétention est une condition d'existence de l'action, et non de son exercice comme on aurait pu le penser au premier abord. La conception processuelle de l'action en justice adoptée par les rédacteurs du Code de procédure civile s'explique par leur souci de la distinguer clairement du droit substantiel qu'elle a pour objet de sanctionner.

<sup>1</sup> Pour une critique de cette analyse : Chainais et *alii*, *op. cit.*, n° 143 et suiv.

<sup>2</sup> Vizioz, *Etudes de procédure*, p. 147 ; Chainais et *alii*, *op. cit.*, n° 145 et suiv. et les réf. doctrinales.

<sup>3</sup> Chainais et *alii*, *op. cit.*, n° 178-179.

<sup>4</sup> Civ. 1, 22 juillet 1964, n° 63-10163, *B. I*, n° 410 ; Soc. 28 mars 2012, n° 11-16131.

<sup>5</sup> Civ. 2, 20 mars 1989, n° 88-11585, *B. II*, n° 76.

<sup>6</sup> Sur le lien entre l'existence du droit d'agir et la recevabilité de la demande, *cf. supra et infra*.

L'approche restrictive du contenu du droit d'action de l'article 30 du Code de procédure civile a néanmoins été contestée<sup>1</sup>. On a fait observer, en effet, que le plaideur qui agit en justice, n'aspire pas toujours à être entendu sur le fond. Ainsi en va-t-il, par exemple, dans la procédure de référé préventif de l'article 145 du Code de procédure civile<sup>2</sup> ou dans celle des ordonnances sur requête<sup>3</sup>. Dans ces procédures, en effet, le demandeur sollicite uniquement une mesure d'instruction ou une mesure provisoire. Son action ne tend donc pas à lui permettre d'être entendu par le juge sur le fond, à moins de comprendre cette expression de manière très large<sup>4</sup>.

En outre, la symétrie voulue par le législateur entre le droit d'agir du demandeur et celui du défendeur est apparue discutable. En effet, le droit d'agir du défendeur consiste, en réalité, à pouvoir contester aussi bien le bien-fondé de la demande de son adversaire, que sa régularité au moyen d'une exception de procédure ou sa recevabilité au moyen d'une fin de non-recevoir<sup>5</sup>. Contrairement à ce que l'article 30 énonce, le droit d'agir du demandeur et le droit d'agir du défendeur peuvent difficilement recevoir une définition symétrique.

#### b. Protection du droit d'action

L'article 30 qualifie l'action de droit, sous-entendu de droit subjectif, puisqu'elle appartient précisément et exclusivement à ceux qui ont un intérêt à agir. Cette action n'est donc pas une liberté générale : elle est vraiment un droit propre à un titulaire donné, celui qui a un intérêt au succès ou au rejet de la prétention.

En tant que droit subjectif, l'action fait l'objet d'une protection supra-législative, à la fois sur le plan national et international.

- α) Sur le plan international, l'article 6 § 1 de la convention européenne des droits de l'homme affirme le droit à un procès équitable. Selon la Cour européenne, ce droit suppose un accès effectif à un tribunal, pour y faire entendre sa cause, ainsi qu'elle l'a énoncé notamment dans le célèbre arrêt *Golder*<sup>6</sup>. Il implique donc qu'une personne puisse voir sa cause entendue et, pour cela, qu'on l'ait accompagnée du recours approprié. Cependant ce droit rencontre des limites.
- β) Sur le plan constitutionnel, il n'existe aucune allusion à un droit d'agir dans la Constitution du 4 octobre 1958. Mais le Conseil Constitutionnel a reconnu aux personnes intéressées, sur le fondement de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, un droit à valeur constitutionnelle d'exercer un recours effectif devant une juridiction<sup>7</sup>. Toujours selon le Conseil constitutionnel, le législateur ne saurait, en principe, porter d'atteintes substantielles à ce droit<sup>8</sup>.

Le Conseil d'État, pour sa part, a élevé le droit d'action au rang d'une « *garantie fondamentale accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques* » au sens de l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958, relevant, à ce titre, pour son aménagement, de la compétence du seul législateur<sup>9</sup>. Mais il est allé ultérieurement plus loin, en reconnaissant une « *valeur constitutionnelle* » au « *principe [...] du droit au recours juridictionnel* »<sup>10</sup>.

Enfin, par un arrêt d'Assemblée plénière du 30 juin 1995<sup>11</sup>, la Cour de cassation s'est prononcée dans le même sens que le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel à propos du droit à l'assistance d'un avocat. Visant en effet « *le principe du respect des droits de la défense* », elle

<sup>1</sup> Chainais et alii, *op. cit.*, n° 146.

<sup>2</sup> Cf. *infra* : 2ème partie « L'instance », titre II « Le déroulement de l'instance », chap. I « La procédure devant le tribunal de judiciaire », section 2 « Les procédures spéciales », § 2 « Les procédures devant le président du tribunal judiciaire ou le juge des contentieux de la protection », A. « Le référé », 1. « Cas d'ouverture à référé », b. « Cas spéciaux d'ouverture à référé », γ) « Référé préventif ».

<sup>3</sup> *Ibid.*, B. « La procédure sur requête ».

<sup>4</sup> Chainais et alii, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>5</sup> Cadiet et Jeuland, *Droit judiciaire privé*, n° 317 ; Chainais et alii, n° 152 ; cf. Y-M. Serinet « La qualité du défendeur », *RTD civ.* 2003, 203 et suiv.

<sup>6</sup> CEDH 21 février 1975, *Golder c/ Royaume-Uni*, série A, n° 18, § 36.

<sup>7</sup> Cons. Const. décision du 9 avril 1996, DC 96-373 DC. Cf., depuis lors : Cons. const. décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006 ; Cons. Const. décision du 17 juin 2011, 2011-138 QPC.

<sup>8</sup> *Ibid.*

<sup>9</sup> CE 17 février 1950, *dame Lamotte, Lebon* 110 ; CE 7 janvier 1972, *Lebon* 26, concl. Théry.

<sup>10</sup> CE 29 juillet 1998, *Syndicat des avocats de France et autres, AJDA* 1998, 1014, concl. Schwartz.

<sup>11</sup> Ass. plén. 30 juin 1995, *D.* 1995, 513, concl. M. Jéol, note G. Drago ; *JCP* 1995, II, 22748, note A. Perdriau ; *BICC* 1er août 1998, rap. J.-P. Ansel ; cf. é.g. Civ. 2, 25 juin 2015, n° 14-20194, visant l'article 6, § 1, de la Convention E.D.H.

a énoncé que « *la défense constitue pour toute personne un droit fondamental à caractère constitutionnel* » et que « *son exercice effectif exige que soit assuré l'accès de chacun, avec l'assistance d'un défenseur, au juge chargé de statuer sur sa prétention* ».

Ainsi les trois plus hautes juridictions françaises reconnaissent-elles une valeur constitutionnelle au droit d'action. A l'instar de la Cour européenne des droits de l'homme, elles considèrent que ce droit implique un accès effectif au juge.

## B. Liens entre l'action et le droit substantiel

Malgré leur distinction, il n'en existe pas moins des liens entre l'action et le droit substantiel, qui tiennent au fait que l'action va réaliser la jonction entre le droit substantiel et la procédure pour en assurer la sanction. On classe ainsi les actions selon la nature du droit mis en œuvre, encore que Motulsky ait contesté qu'on puisse et doive le faire, au nom de l'indépendance du droit d'agir par rapport au droit substantiel<sup>1</sup>.

## § 2 Action et demande en justice

Là encore, les deux notions doivent être distinguées<sup>2</sup>, sauf à ne pas ignorer les liens étroits qu'elles entretiennent.

### A. Distinction de l'action et de la demande en justice

La demande est l'acte de procédure par lequel une partie saisit le juge. La demande n'est donc que la concrétisation processuelle de l'action. La demande permet la mise en œuvre du droit d'agir dans une affaire précise, alors que l'action est générale. Aussi bien le Code de procédure civile traite-t-il de l'action et de la demande en justice dans deux titres différents – livre I, titre II, pour l'action ; livre I, titre IV, pour la demande en justice.

Il y a aussi une indépendance entre action et demande en justice sur le plan strictement procédural. D'une part, en effet, il existe des demandes sans action : une demande peut être valablement formée sans action correspondante, parce qu'elle remplit toutes les conditions formelles exigées ; mais cette demande sera rejetée, dès lors que le juge aura constaté que les personnes qui l'ont exprimée ne disposent pas du droit d'agir. D'autre part, l'action préexiste nécessairement à la demande par laquelle elle s'exprime et l'action peut parfois même survivre à la demande. Par exemple, imaginons qu'une demande soit annulée pour vice de forme, ce n'est pas pour autant que le demandeur sera privé d'agir en justice, il suffira qu'il respecte les formes.

### B. Liens entre l'action et la demande en justice

L'action et la demande sont des notions distinctes, mais elles ont tout de même des liens étroits, ne serait-ce que parce que la demande n'est que l'exercice de l'action. Aussi bien, on l'a vu, l'existence du droit d'agir est une des conditions de recevabilité de la demande relativement à la prétention qu'elle exprime : « *Est irrecevable toute prétention émise par ou contre une personne dépourvue du droit d'agir* » (article 32 du Code de procédure civile)<sup>3</sup>.

Le texte comporte donc deux règles, s'expliquant toutes deux par la définition que l'article 30 donne du droit d'agir, tant de celui du demandeur, que de celui du défendeur.

- En premier lieu, « *est irrecevable toute prétention émise par une personne [...] dépourvue du droit d'agir*. » L'article 122 du Code de procédure civile reprend ce principe : « *Constitue une fin de non-recevoir tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir...* ». Le demandeur est donc dépourvu du droit d'agir, lorsque sa demande est irrecevable. Quant au défendeur, il l'est lorsque son moyen de défense – défense au fond, fin de non-recevoir ou exception de procédure – est irrecevable.

Ex. Une demande prescrite est irrecevable, et le demandeur ne dispose donc d'aucune action pour faire valoir le droit substantiel invoqué.

<sup>1</sup> Cf. *infra* : section 3 « Classifications des actions en justice ».

<sup>2</sup> Motulsky « Le droit subjectif et l'action en justice », *op. cit.*, II, A, 1° ; Cornu et Foyer, *op. cit.*, n° 72.

<sup>3</sup> Cf. *infra*.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Panthéon-Assas  
Licence droit 3ème année Melun 2023-2024

Ex. Une exception de procédure, par exemple une exception d'incompétence de la juridiction saisie est, en principe, irrecevable si elle n'est pas soulevée *in limine litis*, avant tout autre moyen de défense, fin de non-recevoir ou défense au fond (article 74, alinéa 1er, du Code de procédure civile). Le défendeur étant irrecevable en son exception, est dépourvu du droit de l'invoquer.

- En second lieu, « est irrecevable toute prétention émise [...] contre une personne dépourvue du droit d'agir. » Serait, par exemple, irrecevable la prétention émise contre un défendeur qui n'a pas qualité pour défendre à l'action intentée<sup>1</sup>. En effet, on l'a vu, un tel défendeur étant irrecevable à combattre les prétentions du demandeur, est dépourvu du droit d'agir, au sens de l'article 30, alinéa 2, du Code de procédure civile.

Ex. Lorsqu'une créance a fait l'objet d'une cession, est irrecevable la demande en résolution du contrat, dont cette créance procède, formée par le débiteur cédé contre le cessionnaire de la créance, en l'absence du cédant. En effet, par la cession de créance, le cessionnaire n'acquiert pas qualité pour défendre à une telle prétention<sup>2</sup> : l'action en résolution est attachée à la qualité de partie au contrat, que le cessionnaire d'une créance, contrairement au cessionnaire d'un contrat, n'acquiert pas.

## Section 2 : Caractères de l'action en justice

La qualification de droit subjectif de l'action<sup>3</sup> lui confère certains caractères : l'action est facultative, libre et transmissible.

### § 1 Caractère facultatif de l'action en justice

Son titulaire n'a jamais l'obligation de l'exercer effectivement. Chacun apprécie souverainement l'opportunité du procès et si une personne préfère voir son droit bafoué que de s'exposer aux aléas d'un procès, nul ne peut lui en faire le reproche.

Jhering<sup>4</sup> a critiqué cette approche de l'action en justice. Selon cet auteur, l'exercice de l'action en justice est un devoir de son titulaire envers lui-même et envers la société. En effet, souligne-t-il, le respect du droit n'est pleinement assuré que si chacun défend les prérogatives qui lui appartiennent. Dès lors, si par ignorance, lâcheté ou négligence, le titulaire d'un droit violé demeure inactif, la règle de droit devient un rouage inerte, qui n'accomplit plus sa fonction dans le « mécanisme du droit »<sup>5</sup>. En d'autres termes, à force d'être méconnue, la règle de droit finit par devenir un véritable « bois mort », selon l'expression imagée de Ripert<sup>6</sup>. Comme le souligne H. Arendt<sup>7</sup>, pareille situation affaiblit l'autorité de l'État au point de mettre en péril la société civile.

Mais concrètement on voit mal comment, dans une démocratie, obliger le titulaire d'un droit violé à exercer une action en justice pour faire sanctionner cette violation et affronter ainsi les affres d'un procès : *Tempora si fuerint nubila, solus eris* (Ovide)<sup>8</sup>.

### § 2 Caractère libre de l'action en justice

L'action en justice est en principe libre, mais ce principe connaît des limites.

#### A. Principe de liberté d'ester en justice

On ne saurait, en principe, reprocher à un justiciable d'avoir agi en justice à tort : même si elle n'aboutit pas, l'action n'est pas en elle-même fautive. Pour s'exprimer de manière plus précise, même en cas d'échec, l'exercice de l'action en justice ne constitue pas en soi une faute, de nature à engager la responsabilité civile de celui qui en a pris l'initiative. Selon l'expression de Roger Perrot<sup>9</sup>, « *Le plaideur qui, même à tort, exerce une action, bénéficie d'une sorte d'immunité constamment rappelée par la jurisprudence* ».

<sup>1</sup> Civ. 1, 5 décembre 1995, B. I, n° 442.

<sup>2</sup> Com. 15 mai 2019, n° 17-27686 (P) ; JCP 2019, *doctr.* 879, n° 7, obs. G. Virassamy.

<sup>3</sup> Cf. *supra*.

<sup>4</sup> R. von Jhering, *Der Kampf um's Recht*, 1872, réimpr. Vittorio Klostermann, 2003, trad. française d'O. De Meulenaere sous le titre *La lutte pour le droit*, Marescq Ainé, 1890, réimpr. avec une préface d'O. Jouanjan, Dalloz, 2006, p. 15 et suiv.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 54-55.

<sup>6</sup> G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1957, p. 364 ; cf. ég. G. Ripert, *Le déclin du droit*, LGDJ, 1949, spéc. N° 35.

<sup>7</sup> H. Arendt, *La désobéissance civile*.

<sup>8</sup> Pour d'autres objections, cf. Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. I, p. 41-42 ; Solus et Perrot, *op. cit.*, t. I, n° 113.

<sup>9</sup> Perrot, *op. cit.*, t. I, p. 42 ; *adde* : Solus et Perrot, *op. cit.*, t. I, n° 114.

Ce principe se justifie aisément. En toute bonne foi, en effet, un plaideur peut se tromper sur l'existence ou l'étendue de ses droits. D'une part, l'interprétation de la règle de droit est souvent délicate, pour ne pas parler de celle de la jurisprudence. D'autre part, les circonstances de faits commandant l'application de la règle de droit sont fréquemment controversées. Il est donc, dans bien des cas, difficile de prévoir comme le juge tranchera et ainsi, d'anticiper avec certitude l'issue d'un procès. Si le plaideur qui succombe dans ses prétentions, était exposé systématiquement à une condamnation à des dommages-intérêts envers son adversaire, plus nombreux encore seraient les justiciables à se détourner de l'institution judiciaire pour obtenir la sanction d'une atteinte à leurs droits.

Selon l'article 696, alinéa 1er, du Code de procédure civile, il est vrai, la partie perdante est, en principe, condamnée aux dépens, c'est-à-dire aux frais engendrés par l'instance. En outre, l'article 700 du Code prévoit que le juge peut également condamner la partie perdante à payer à son adversaire une somme correspondant aux frais que celui-ci a exposés et qui ne sont pas compris dans les dépens. Ces frais qu'on nomme « frais irrépétibles » représentent, pour l'essentiel, les honoraires d'avocat<sup>1</sup>.

Toutefois la charge des dépens et celle, le cas échéant, des frais irrépétibles incombent à la partie perdante indépendamment de toute faute de sa part<sup>2</sup> ; à telle enseigne, d'ailleurs, que le juge peut, par une décision motivée, condamner l'autre partie à supporter tout ou partie des dépens, ainsi que des frais irrépétibles (articles 696, alinéa 1er, et 700 du Code de procédure civile combinés). L'obligation de payer ces frais n'est donc pas la conséquence d'un exercice critiquable de l'action en justice par la partie perdante<sup>3</sup>. Elle ne saurait dès lors s'analyser en une restriction à la liberté d'agir en justice.

## B. Limites à la liberté d'ester en justice

La liberté d'ester en justice n'échappe pas à certaines limitations, de droit comme de fait.

### 1. Limites en droit à la liberté d'ester en justice

Ces limites en droit à la liberté d'ester en justice sont principalement au nombre de deux. D'une part, le justiciable a, dans certains cas, l'obligation de rechercher une résolution amiable du litige, préalablement à l'exercice d'une action en justice. D'autre part, il engage sa responsabilité en cas d'abus d'ester en justice.

#### a. Obligation préalable de rechercher une résolution amiable de certains litiges

Le législateur contemporain considère que « *le recours au juge ne doit pas être le seul recours en cas de différend, mais doit constituer l'ultime recours.* »<sup>4</sup>

Dans l'hypothèse où la demande tend au paiement d'une somme inférieure à un certain montant ou lorsqu'elle est relative à un conflit de voisinage, l'article 4 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 « Justice du 21ème siècle », modifié par l'article 3 de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, la saisine du tribunal judiciaire<sup>5</sup> doit alors être précédée d'une tentative de conciliation devant un conciliateur de justice ou un médiateur ou d'une tentative de procédure participative, à peine d'irrecevabilité de la demande, que le juge peut prononcer d'office<sup>6</sup>.

L'article 750-1 du Code de procédure civile, créé par le décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019

<sup>1</sup> Cf. *infra* : troisième partie « Le dénouement du procès », titre I « Le jugement ».

<sup>2</sup> Civ. 6 novembre 1911, S. 1912, 1, 197 : dépens ; Civ. 2, 20 juillet 1980, B. II, n° 189 et Civ. 2, 23 juin 1982, B. II, n° 96 : frais irrépétibles. Rapp. Héron et Le Bars, *op. cit.*, n° 56.

<sup>3</sup> Solus et Perrot, *op. cit.*, t. I, n° 114.

<sup>4</sup> Strickler et Varnek, *op. cit.*, n° 317.

<sup>5</sup> A compter du 1er janvier 2020, toujours en vertu de la loi du 23 mars 2019, le tribunal d'instance a été supprimé et le tribunal de grande instance rebaptisé « tribunal judiciaire » (cf. not. article L. 211-1 nouveau du Code de l'organisation judiciaire). Le tribunal judiciaire « peut comprendre, en dehors de son siège, des chambres de proximité dénommées "tribunaux de proximité", dont le siège et le ressort ainsi que les compétences matérielles sont fixées par décret » (article L. 212-8 du Code de l'organisation judiciaire).

<sup>6</sup> Cf. *supra* : Introduction générale, section 2 « Le litige », § 2 « Solution du litige », B. « Solution amiable du litige », 2. « Les modes alternatifs de règlement des différends » ; *infra* : chap. II « Régime de l'action en justice », section 2 « Exercice de l'action en justice », § 2 « Mise en œuvre de l'action en justice », A. « Les demandes en justice », 1. « Variétés de demande en justice », a. « La demande initiale », β) « Formes de la demande initiale », • « Formes de la demande en matière contentieuse ».

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Panthéon-Assas  
Licence droit 3ème année Melun 2023-2024

réformant la procédure civile et pris pour l'application de la loi du 23 mars 2019 et modifié par le décret du 2022-245 du 25 février 2022, a précisé, d'une part, étendu le champ d'application, d'autre part, des dispositions de l'article 3 précité de cette loi. Aux termes, en effet, de ce texte, inséré dans un sous-titre consacré aux dispositions communes applicable à la procédure devant le tribunal judiciaire, écrite ou orale :

*« A peine d'irrecevabilité que le juge peut prononcer d'office, la demande en justice doit être précédée, au choix des parties, d'une tentative de conciliation menée par un conciliateur de justice, d'une tentative de médiation ou d'une tentative de procédure participative, lorsqu'elle tend au paiement d'une somme n'excédant pas 5 000 euros ou lorsqu'elle est relative à l'une des actions mentionnées aux articles R. 211-3-4 et R. 211-3-8 du code de l'organisation judiciaire ou à un trouble anormal de voisinage.*

L'article 750-1 vise ainsi trois cas où le recours préalable à un M.A.R.D. est imposé au demandeur, à peine d'irrecevabilité de sa demande. Par un arrêt du 22 septembre 2022<sup>1</sup>, le Conseil d'Etat a, il est vrai, annulé cet article pour excès de pouvoir. Mais un décret n° 2023-357 du 11 mai 2023 l'a rétabli, en modifiant sa rédaction pour tenir compte de l'arrêt du Conseil d'État.

A la lecture des deux premiers cas visés par l'article 750-1, on comprend que le législateur avait voulu imposer cette obligation au demandeur dans des matières où les parties sont dispensées du ministère d'avocat, en raison de leur nature ou de leur faible montant<sup>2</sup>. Le législateur avait donc voulu limiter la liberté d'accès aux tribunaux dans les cas où le plaideur n'était pas freiné, dans l'exercice de cette liberté, par le coût d'intervention d'un auxiliaire de justice.

Effectivement, l'article 5 de la loi du 23 mars 2019 modifie l'article 2, I, de la loi n° 2007-1787 du 20 décembre 2007 en dispensant les parties du ministère d'avocat devant le tribunal judiciaire « *dans certaines matières, en raison de leur nature, ou en considération de la valeur du litige, les parties peuvent se défendre elles-mêmes ou se faire assister ou représenter devant le tribunal de grande instance (sic)* ».

Le rapprochement des articles 3 et 5 de la loi du 23 mars 2019 montre ainsi que le législateur avait voulu imposer le recours préalable à un M.A.R.D. à peine d'irrecevabilité de la demande dans certaines des matières où les parties sont dispensées du ministère d'avocat, en raison de leur nature ou de leur faible montant. Le législateur avait donc entendu limiter la liberté pour les plaideurs de saisir le juge sans avocat.

Mais l'adjonction, par le décret du 25 février 2022, d'une troisième cas, où le recours préalable à un M.A.R.D. est obligatoire, a rompu avec cette logique. En effet, le recours préalable à un M.A.R.D. est désormais obligatoire, lorsque le litige est relatif à trouble anormal de voisinage. Or une demande fondée sur un tel trouble n'est pas toujours, loin s'en faut, dispensée du ministère d'avocat<sup>3</sup>.

Dans une série d'hypothèses limitativement énumérées par l'article 4 de la loi du 18 novembre 2016 et l'article 750-1 du Code de procédure civile, le demandeur n'encourt toutefois pas l'irrecevabilité de sa prétention, on s'en souvient<sup>4</sup>.

Cette réforme n'est pas sans rappeler la tentative de conciliation préalable par le juge de paix, que l'article 48 du Code de procédure civile de 1807 avait érigée en condition de recevabilité de la demande en justice devant le tribunal civil, à moins que la matière ne fût d'ordre public ou que l'affaire ne requît célérité. Elle participe de la volonté du législateur contemporain d'encourager le recours aux modes alternatifs de règlement des différends (M.A.R.D.)<sup>5</sup>, ces modes de règlement des différends distincts des procédures judiciaires classiques et qui ont vocation à les compléter.

Selon la Cour européenne des droits de l'homme<sup>6</sup>, l'obligation imposée par la loi de tenter de trouver une solution amiable, préalablement à toute demande devant une juridiction civile, à peine

<sup>1</sup> CE 22 septembre 2022, req. n° 436939, CNB, *Ordre des avocats au barreau de Paris et a., Syndicat des avocats de France et syndicat de la magistrature* ; req. n° 437002, *Syndicat des avocats de France et Syndicat de la magistrature*, § 42, 43 et 64.

<sup>2</sup> Cf. *supra* : Introduction générale, section 2 « Le litige », § 2 « Solution du litige », B. « Solution amiable du litige », 2. « Les M.A.R.D. », c. « Incitation légale contemporaine à recourir aux M.A.R.D. »

<sup>3</sup> Cf. *supra* : Introduction générale, section 2 « Le litige », § 2 « Solution du litige », B. « Solution amiable du litige », 2. « Les M.A.R.D. », c. « Incitation légale contemporaine à recourir aux M.A.R.D. »

<sup>4</sup> Cf. *supra* : Introduction générale, section 2 « Le litige », § 2 « Solution du litige », B. « Solution amiable du litige », 2. « Les M.A.R.D. », c. « Incitation légale contemporaine à recourir aux M.A.R.D. »

<sup>5</sup> Cf. *supra* : Introduction générale, section 2 « Le litige », § 2 « La résolution du litige », B. « La résolution amiable ».

<sup>6</sup> CEDH 26 mars 2015, *Momčilović c/ Croatie*, req. n° 11239/11 ; *Procédures* 2015, *comm.* 159.

d'irrecevabilité, ne constitue pas une entrave substantielle au droit d'accès direct au juge et, partant, ne contrevient pas à l'article 6, § 1, de la Convention EDH, si par ailleurs le processus amiable suspend le cours de la prescription et qu'en cas d'échec, les parties disposent d'une possibilité de saisir le juge compétent.

b. Responsabilité pour abus d'ester en justice<sup>1</sup>

Le droit d'ester en justice n'est pas discrétionnaire : l'abus du droit d'agir peut donner lieu à des dommages et intérêts sur le fondement de l'article 1240 du Code civil – ancien article 1382 du même code – voire à une amende civile sur celui de l'article 32-1 du Code de procédure civile.

Historiquement la chicane<sup>2</sup>, l'abus de procédure, est même une des plus anciennes apparitions de la théorie de l'abus de droit<sup>3</sup>. Par extension, la chicane en est venue désigner une querelle, une contestation émise de mauvaise foi<sup>4</sup>. C'est ainsi que le célèbre § 226 du *B.G.B.*<sup>5</sup> prohibe l'abus de droit, qu'il définit comme l'exercice d'un droit qui a seulement pour but d'infliger un dommage à autrui, sous le titre de *Schikaneverbot*.

Il convient de préciser le critère de l'abus d'ester en justice, avant d'examiner la question de l'abus d'ester en justice avec succès.

α) Critère de l'abus d'ester en justice

L'abus d'ester en justice suppose une faute indépendante du seul fait d'avoir exercé à tort une action en justice<sup>6</sup>. En effet, étant donné l'aléa inhérent à la grande majorité des procès, il n'y a pas faute, comme on l'a souligné précédemment, à s'être mépris sur l'existence ou l'étendue de ses droits<sup>7</sup>, d'en avoir eu une appréciation différente de celle du juge. En revanche, constitue une faute le fait, pour un plaideur, conscient de l'inanité de ses prétentions<sup>8</sup>, d'avoir agi en justice dans l'intention de nuire à la partie adverse<sup>9</sup> ou, plus largement, de mauvaise foi<sup>10</sup>.

Au plaideur conscient de l'inanité de ses prétentions, on doit assimiler celui qui ne pouvait sérieusement prétendre ignorer cette inanité<sup>11</sup>, tant son erreur était grossière<sup>12</sup>. En effet, la preuve directe de la mauvaise foi est impossible à rapporter. Or il serait trop facile, pour un plaideur, de « *prendre le masque facile de la bêtise* », selon une expression consacrée<sup>13</sup>, pour échapper à sa responsabilité en feignant de s'être, lourdement mais de bonne foi, mépris sur l'existence ou

<sup>1</sup> F.-X. Matteoli « L'abus du droit d'ester en justice », *Dr. et patr.* juin 2000, p. 83 ; Ph. Guilhaumaud, *L'abus des voies de droit*, thèse Paris 2, 1972 ; J. Lemée, *Essai sur la théorie de l'abus de droit*, thèse Paris 12, 1977, n° 182 et suiv.

<sup>2</sup> Chicane : « *abus des ressources et des formalités de la justice* » (P.-E. Littré, *Dictionnaire de la langue française*).

<sup>3</sup> Carbonnier, *Droit civil*, t. I, n° 191, p. 369.

<sup>4</sup> *Dictionnaire Larousse*.

<sup>5</sup> « *Die Ausübung eines Rechts ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen.* »

<sup>6</sup> Civ. 2, 11 janvier 2018, n° 16-26168, *B. II*, n° 2 (implicitement) : « *l'exercice d'une action en justice ne peut constituer un abus de droit que dans des circonstances particulières le rendant fautif* ».

<sup>7</sup> Civ. 2, 18 juin 1969, *B. II*, n° 211 ; Civ. 1, 28 janvier 1976, *B. I*, n° 38 ; Com. 2 juillet 1974, *B. IV*, n° 212 ; Civ. 1, 7 octobre 1981, *B. I*, n° 276 ; *JCP* 1982, II, 19873, note J. Prévault ; Civ. 2, 18 décembre 2003, n° 01-16617, *B. II*, n° 402 ; Civ. 2, 3 novembre 2005, n° 03-20714 ; Civ. 3, 21 janvier 2014, n° 12-25933 ; Civ. 2, 27 mars 2014, n° 13-15117 ; Civ. 1, 1er juillet 2015, n° 14-19065. Cf. H. et L. Mazeaud et A. Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. I, 6ème éd., par A. Tunc, Monchrestien, 1966, n° 591, p. 681 ; J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Les obligations*, t. II, *Le fait juridique*, 14ème éd., Sirey, 2011, n° 128 ; rapp. F. Bussy « L'erreur judiciaire », *D.* 2005, *Chr.* 2552, n° 22 et suiv.

<sup>8</sup> Cf. par ex. Civ. 2, 22 novembre 1968, *B. II*, n° 489 ; Civ. 2, 18 juin 1969, *B. II*, n° 217 ; Civ. 2, 28 mars 1973, *B. II*, n° 120 ; Civ. 1, 19 juillet 1977, *B. I*, n° 342 ; Civ. 3, 10 novembre 1987, n° 86-13500 ; Com. 10 mars 1998, n° 93-20914 ; Com. 10 octobre 2000, n° 98-11400 ; Com. 3 juin 2003, n° 01-15740 ; Civ. 3, 4 juin 2013, n° 12-17653.

<sup>9</sup> Cf. par ex. Civ. 2, 4 octobre 1972, *B. II*, n° 232 ; Civ. 3, 6 janvier 1972, *B. III*, n° 10 ; Civ. 3, 9 mai 1972, *B. III*, n° 292 ; Civ. 3, 29 mai 1973, *B. III*, n° 370 ; Civ. 2, 4 octobre 1973, *B. II*, n° 245 ; Civ. 1, 25 avril 1974, *B. I*, n° 117 ; Civ. 3, 26 octobre 1983, *B. III*, n° 204 ; Civ. 3, 25 juin 1986, *B. III*, n° 100 ; Civ. 1, 9 juin 2010, n° 09-10641, *B. I*, n° 131 ; *D.* 2010, *Somm.* 1555 ; Civ. 2, 1er juillet 2010, n° 09-68869 ; Civ. 3, 28 avril 2011, n° 10-14298, *B. III*, n° 61 ; Civ. 3, 5 juin 2012, n° 11-17919 ; Civ. 1, 24 avril 2013, n° 11-26597, *B. I*, n° 85, soulignant que « *la malice* » est « *toujours condamnable* » ; Civ. 2, 25 mars 2021, n° 18-20726 ; Civ. 2, 1er juillet 2021, n° 19-17923.

<sup>10</sup> Cf. par ex. Civ. 3, 30 novembre 1971, *B. III*, n° 583 ; Civ. 3, 13 juin 1972, *B. III*, n° 390 ; Civ. 3, 14 novembre 1972, *B. III*, n° 599 ; Civ. 3, 13 juin 1972, *B. III*, n° 390 ; Civ. 1, 11 décembre 1973, *B. I*, n° 347 ; Civ. 3, 8 janvier 1974, *B. III*, n° 2 ; Civ. 3, 12 mars 1974, *B. III*, n° 110 ; Com. 17 juin 1974, *B. IV*, n° 192 ; Civ. 1, 4 mai 1976, *B. I*, n° 154 ; Com. 7 janvier 1981, *B. IV*, n° 12 ; Civ. 3, 8 juin 1988, *B. III*, n° 102 ; Civ. 1, 4 février 1992, *B. I*, n° 43 ; Com. 5 novembre 1996, *B. IV*, n° 281 ; Com. 14 janvier 2003, n° 00-12557 ; Civ. 2, 10 janvier 2013 (deux arrêts rendus dans la même affaire), n° 12-14342 et n° 12-14343 ; Civ. 3, 10 septembre 2013, n° 12-21989 ; Civ. 1, 10 février 2021, n° 19-17028 (P).

<sup>11</sup> Cf. Civ. 3, 18 juillet 1977, n° 76-11043, *B. III*, n° 318 ; Civ. 1, 6 juin 2001, n° 98-20673, *B. I*, n° 166.

<sup>12</sup> Cf. par ex. Civ. 1, 26 novembre 2013, n° 12-24153.

<sup>13</sup> L. Mazeaud « L'assimilation de la faute lourde au dol », *D.H.* 1933, *Chr.* 49.

l'étendue de ses droits. Constitue donc un abus d'ester en justice, le fait, pour un plaideur, d'avoir intenté une action en justice ou soulevé un moyen de défense manifestement dépourvu de tout sérieux, dont l'échec était certain au vu des renseignements qu'il pouvait lui-même obtenir<sup>1</sup>.

Pendant longtemps, la Cour de cassation, tout particulièrement sa deuxième Chambre civile, spécialisée dans les questions de procédure, a restreint l'abus d'ester en justice à une faute délictuelle, manifestée par l'intention de nuire à l'adversaire, la mauvaise foi ou une « *erreur grossière équipollente au dol* »<sup>2</sup>. Mais elle commettait ainsi une confusion, car elle déduisait l'exigence d'une gravité de la faute de la nécessité, pour que la faute soit caractérisée, que le plaideur ait connu l'inanité de ses prétentions ou qu'il ait commis une erreur inexcusable à ce sujet. Si, en effet, une simple erreur sur l'existence ou l'étendue de ses droits n'est pas en soi fautive, comme on l'a souligné précédemment, il n'en résulte pas que la faute constitutive d'abus doive, elle, présenter une certaine gravité.

Aussi bien toutes les chambres de la Cour de cassation conviennent-elles aujourd'hui qu'une faute même légère suffit à constituer un abus d'ester en justice<sup>3</sup>. Encore faut-il cependant que les juges du fond s'appliquent à la caractériser<sup>4</sup>, en ne la confondant pas avec une simple erreur dans l'appréciation de ses droits. La qualification juridique de faute est, en effet, on le sait, une question de droit, à propos de laquelle la Cour de cassation exerce un contrôle de la motivation des décisions des juridictions du fond.

#### β) L'abus d'ester en justice avec succès<sup>5</sup>

Le principe de l'irresponsabilité du plaideur ayant triomphé dans ses prétentions connaît des exceptions et des atténuations.

##### • Principe de l'impunité du plaideur ayant triomphé dans ses prétentions

De prime abord, un abus d'ester en justice ne semble pouvoir être retenu à l'encontre d'un plaideur que s'il a succombé dans ses prétentions. Par hypothèse, en effet, celui dont les prétentions sont accueillies n'a point commis d'erreur dans l'appréciation de ces droits, condition nécessaire, pourrait-on penser, sinon suffisante pour qu'on puisse lui reprocher d'avoir commis une faute dans l'exercice de son droit d'action. De fait, selon la Cour de cassation, le plaideur qui triomphe dans ses prétentions<sup>6</sup>, même partiellement<sup>7</sup>, voire à un certain point de vue seulement<sup>8</sup>, ne saurait être considéré comme ayant abusé de son droit d'ester en justice et encourir une condamnation à des dommages-intérêts de ce chef.

##### • Exceptions et atténuations au principe

Ce principe connaît effectivement certaines exceptions légales<sup>9</sup>, d'une part, et un tempérament jurisprudentiel, d'autre part.

<sup>1</sup> Héron et Le Bars, *Droit judiciaire privé*, n° 57.

<sup>2</sup> Cf. not. Civ. 2, 6 février 1957, *B. II*, n° 107 ; *D.* 1957, *J.* 211 ; Civ. 2, 12 juin 1969, *B. II*, n° 20 ; *adde* : Civ. sect. civ., 1<sup>er</sup> août 1950, *B. I*, n° 184 ; Crim. 13 novembre 1969, *B. crim.* n° 299 ; *D.* 1970, *J.* 208 ; *JCP* 1970, II, 16292, note P. Chambon ; *Gaz. Pal.* 1970, I, 67 ; Soc. 14 octobre 1970, *B. V*, n° 525.

<sup>3</sup> Civ. 1, 10 juin 1964, *Bull. civ.* I, n° 310 ; Civ. 3, 22 mai 1970, *B. III*, n° 356 ; Civ. 3, 9 mai 1973, *B. III*, n° 333 ; Com. 4 octobre 1977, *B. IV*, n° 215 ; Com. 3 avril 1978, *B. IV*, n° 109 ; Civ. 2, 5 mai 1978, *B. II*, n° 116 ; Civ. 2, 10 janvier 1985, *Gaz. Pal.* 1985, I, *Pan. jur.* 113, obs. S. Guinchard ; Com. 9 février 2010, n° 09-11191 ; Civ. 2, 11 janvier 2018, préc. (implicitement) ; Civ. 1, 27 janvier 2021, n° 18-18035 : en application de l'article 1240 du Code civil, « toute faute dans l'exercice des voies de droit, même dépourvue d'intention de nuire, est de nature à engager la responsabilité de son auteur ». Cf. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, n° 333 ; J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Les obligations*, t. II, *Le fait juridique*, 14<sup>ème</sup> éd., Sirey, 2011, n° 128.

<sup>4</sup> Cf. par ex. Civ. 3, 2 mars 2010, n° 09-13183 ; Civ. 2, 2 février 2012, n° 11-11758 ; Civ. 2, 1<sup>er</sup> juillet 2021, n° 20-14079 ; Civ. 2, 1<sup>er</sup> juillet 2021, n° 19-17923, préc.

<sup>5</sup> Y. Desdevises « L'abus du droit d'agir en justice avec succès », *D.* 1979, *Chr.* 21.

<sup>6</sup> Civ. 1, 6 octobre 1969, *B. I*, n° 288 ; Civ. 2, 18 novembre 1971, *B. II*, n° 320 ; Soc. 30 novembre 1989, n° 86-15839 ; Civ. 2, 21 décembre 2006, n° 06-12368, *B. II*, n° 358 ; *B.I.C.C.* n° 659, 15 avril 2007, n° 756.

<sup>7</sup> Civ. 1, 4 octobre 1964, *B. I*, n° 448 ; Com. 10 février 1965, *Bull. civ.* III, n° 108, p. 92 ; Civ. 2, 16 mai 1974, *B. II*, n° 173 ; Civ. 3, 12 février 1974, *B. III*, n° 74 ; Civ. 2, 11 mars 1987, *B. II*, n° 66 ; Civ. 3, 18 novembre 1998, n° 96-14055 ; cf. ég., pour un appel partiellement fondé : Soc. 7 février 1980, *B. V*, n° 118 ; Civ. 2, 10 novembre 1982, *B. II*, n° 140 ; Civ. 2, 7 mars 1984, *B. II*, n° 46 ; *adde* : Civ. 1, 1<sup>er</sup> février 2005, *B. I*, n° 60 ; *RTD civ.* 2005, p. 393, n° 2, obs. J. Mestre et B. Fages.

<sup>8</sup> Civ. 2, 15 mars 2001, *B. II*, n° 57 ; Civ. 2, 10 mai 2001, *Petites affiches* n° 125, 25 juin 2001, p. 14, note E. Derieu.

<sup>9</sup> Desdevises, *op. cit.*, *passim*.



- Exceptions légales au principe

Les articles 118 et 123 du nouveau Code de procédure civile, selon lesquels une exception de nullité tirée de l'inobservation des règles de fond relatives aux actes de procédure ou une fin de non-recevoir peut être proposée en tout état de cause, ouvrent la possibilité au juge de condamner à des dommages-intérêts le plaideur qui, « *dans une intention dilatoire* », c'est-à-dire pour retarder la solution du litige, aura tardé à se prévaloir d'une telle exception ou fin de non-recevoir. Semblablement l'article 550, alinéa 2, du même code dispose que la cour d'appel « *peut condamner à des dommages-intérêts ceux qui se seraient abstenus, dans une intention dilatoire, de former suffisamment tôt leur appel incident ou provoqué* ».

Or cette intention dilatoire apparaît comme une espèce, dont l'abus d'ester en justice est le genre<sup>1</sup>, bien que les textes la vise distinctement<sup>2</sup>. Sans impliquer nécessairement, de la part du plaideur, une volonté de nuire à l'adversaire et logiquement abandonnée à l'appréciation souveraine des juges du fond<sup>3</sup>, elle suppose sa mauvaise foi<sup>4</sup>, spécifiquement caractérisée par une « *manipulation déloyale du temps* »<sup>5</sup>.

Ainsi, pour avoir prospéré dans son exception, sa fin de non-recevoir, son appel incident ou son appel provoqué, le défendeur n'en est pas moins exposé, vis-à-vis du demandeur, à devoir répondre de la manière abusive dont il l'a éventuellement soulevé.

- Tempérament jurisprudentiel au principe

Contrairement au plaideur qui triomphe définitivement, celui qui n'obtient gain de cause que provisoirement, peut, selon une jurisprudence désormais bien établie de toutes les chambres de la Cour de cassation, se voir, en certains cas, imputer un abus dans l'exercice de son droit d'ester en justice.

Effectivement, au dire de la Cour de cassation, ce n'est qu'en l'absence de « *circonstances particulières* », qu'une action en justice ou la défense à une telle action ne peut constituer un abus de droit, lorsque sa légitimité a été reconnue par la juridiction du premier degré, malgré l'infirmité dont sa décision a été l'objet<sup>6</sup>. Le fait d'avoir triomphé en première instance n'exclut donc pas toujours un abus d'ester en justice de la part du plaideur, demandeur ou défendeur, qui succombe finalement en appel, et, partant, ne le met pas systématiquement à l'abri d'une condamnation au paiement de dommages-intérêts à son adversaire de ce chef<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> Cornu et Foyer, *op. cit.*, n° 74, p. 320 ; Carbonnier, *op. cit.*, t. I, n° 191, p. 369.

<sup>2</sup> Outre les articles 118, 123 et 550, alinéa 2, précités, cf. les articles 32-1, 559 et 581 du Code de procédure civile.

<sup>3</sup> Civ. 2, 27 février 2003, n° 01-11975, B. II, n° 44 ; *Procédures* 2003, n° 111, obs. R. Perrot. L'intention dilatoire du plaideur n'est qu'une forme de mauvaise foi. Or, d'une manière générale, l'appréciation de la bonne ou de la mauvaise foi d'une partie, notamment d'une partie à un procès, exigeant une analyse d'intention, relève du pouvoir souverain des juges du fond (Civ. 2, 31 janvier 1962, B. II, n° 122 ; Civ. 1, 17 décembre 1962, B. I, n° 545 ; Com. 15 juin 1967, B. III, n° 244 ; Com. 21 avril 1969, B. IV, n° 129 ; Civ. 3, 8 juin 1988, *Bull. civ.* III, n° 102).

<sup>4</sup> Cf. par ex. Civ. 1, 17 décembre 1962, préc. ; Civ. 3, 30 juin 1992, n° 90-21642 : dans cette affaire, la qualification de « fin de non-recevoir » attribuée par une partie, qui invoquait notamment les dispositions l'article 123 précité du nouveau Code de procédure civile, au moyen de défense qu'elle reprochait à son adversaire d'avoir soulevé très tardivement, abusant ainsi, à l'en croire, de son « droit d'agir en justice avec succès » apparaissait néanmoins fort discutable, aussi la Cour de cassation la met-elle entre guillemets ; Civ. 2, 12 novembre 1997, B. II, n° 274 ; Civ. 2, 20 décembre 2001, n° 00-15068 ; Com. 6 décembre 2005, n° 02-12202.

<sup>5</sup> Cornu et Foyer, *op. cit.*, n° 74, p. 320 et n° 75, p. 326-327.

<sup>6</sup> Civ. 1, 21 octobre 1981, B. I, n° 302 ; Civ. 1, 22 décembre 1981, B. I, n° 394 ; Civ. 3, 8 juin 1988, préc. ; Civ. 1, 3 mai 1995, B. I, n° 181 ; Civ. 1, 3 janvier 1996, n° 93-12108 ; Civ. 1, 10 mars 1998, B. I, n° 100 ; *RTD civ.* 1999, p. 199, n° 3, obs. R. Perrot ; Civ. 1, 9 octobre 2001, B. I, n° 244 ; Soc. 5 décembre 2001, n° 99-45138 ; Com. 9 juillet 2002, n° 98-21370 ; Com. 26 mars 2002, n° 00-11058 ; *Gaz. Pal.* 12-14 janvier 2003, obs. A. Perdriau ; Com. 9 juillet 2002, n° 98-21371 ; Civ. 2, 13 mars 2003, B. II, n° 66 ; Civ. 1, 17 septembre 2003, n° 01-13856 ; Civ. 1, 30 septembre 2003, n° 00-20323 ; Civ. 1, 4 novembre 2003, n° 01-15148 ; Civ. 2, 25 novembre 2004, n° 03-17928 ; Civ. 3, 22 mars 2005, n° 04-11306 ; Civ. 2, 10 mai 2007, n° 05-13628, *Procédures* 2007, n° 156, note R. Perrot ; Civ. 3, 27 juin 2009, *D.* 2009, *A.J.* 1836 ; Civ. 1, 8 juillet 2009, n° 08-16153, B. I, n° 162 ; *D.* 2009, *Chr. C. cass.* 2062, obs. N. Auroy ; *LPA* 29 juillet 2009, 9, note D. Noguéro ; Com. 9 juillet 2013, n° 12-22111 ; Com. 3 mars 2021, n° 18-15207 ; Civ. 3, 1er avril 2021, n° 20-10562.

<sup>7</sup> Civ. 1, 7 novembre 1995, B. I, n° 388 ; Com. 1<sup>er</sup> octobre 1997, B. IV, n° 233 ; *Dalloz affaires* 1997, 1258 ; *Rev. dr. banc. et bourse* 1998, 20, obs. M.-J. Campana et J.-M. Calendini ; *J.C.P.* éd. E 1998, n° 12, p. 469, obs. F.-X. Lucas ; Com. 5 janvier 1999, B. IV, n° 5 ; Com. 26 octobre 1999, n° 97-19026.

Ainsi en va-t-il lorsque la mauvaise foi<sup>1</sup> ou *a fortiori* l'intention de nuire de ce plaideur est établie. En revanche, l'erreur qu'un plaideur a pu commettre quant à la recevabilité ou au bien-fondé de ses prétentions semble forcément légitime, puisque la juridiction de première instance l'a partagée<sup>2</sup>. On comprendrait donc que seul le fait d'avoir surpris de mauvaise foi la religion des premiers juges, soit de nature à engager, devant la cour d'appel, la responsabilité de celui qui agit en justice ou se défend initialement avec succès.

Néanmoins, d'une manière peut-être à certains égards discutable, certains arrêts de la Cour de cassation ont admis qu'une « *faute lourde* »<sup>3</sup>, voire une simple faute quasi-délictuelle<sup>4</sup> pouvait suffire à caractériser l'abus d'ester en justice du plaideur à la prétention accueillie en première instance. Mais, à rebours de cette tendance libérale, d'autres arrêts ont paru restreindre cet abus à l'intention de nuire<sup>5</sup>. En tout cas, la Cour de cassation tend à se montrer exigeante quant à la caractérisation, par les juges du fond, des « *circonstances particulières* » permettant de retenir un abus d'ester en justice<sup>6</sup>.

Cette jurisprudence ne s'applique, de toute façon, qu'à la partie à l'instance ayant triomphé provisoirement. Elle ne représente donc qu'un tempérament au principe selon lequel un plaideur ne saurait abuser de son droit d'ester en justice avec succès. Quant au plaideur ayant définitivement obtenu gain de cause, ce n'est que, très exceptionnellement et dans des décisions quelque peu marginales, que sa responsabilité civile pour abus dans l'usage de son droit d'agir en justice a néanmoins pu se trouver engagée.

## 2. Limites en fait à la liberté d'ester en justice

Tout procès entraîne des frais, parfois importants, liés à la rémunération des auxiliaires de justice – avocats, huissiers, avoués... Pour éviter que les citoyens les plus modestes n'en viennent dès lors à renoncer à défendre leurs droits en justice, le législateur a institué l'aide juridique, qui les dispense du paiement de tout ou partie des frais et honoraires.

Les règles relatives à l'aide juridique ont été étudiées en première année, au cours d'Institutions judiciaires. On ne reviendra donc pas dessus.

## § 3 Caractère transmissible de l'action en justice

Enfin l'action en justice est transmissible. Ce principe connaît néanmoins deux séries d'exceptions. D'une part, en effet, toutes les fois où le droit sous tendu est viager, l'action est intransmissible<sup>7</sup>. D'autre part, certaines actions ayant un caractère strictement personnel, s'éteignent avec le décès de leur détenteur.

Ainsi, le droit d'agir pour le respect de la vie privée « *s'éteint au décès de la personne concernée, seule titulaire de ce droit* », selon la Cour de cassation<sup>8</sup>. Il en va de même du droit d'agir pour le respect de l'image, pour le même motif<sup>9</sup>. De même, selon l'article 957, alinéa 2, du Code civil, l'action en révocation d'une donation pour ingratitude du donataire est intransmissible aux héritiers du donateur, à moins que ce dernier ne l'ait intentée de son vivant ou qu'il ne soit décédé dans l'année du délit imputé au donataire.

En revanche, après que ses chambres civiles et sa Chambre criminelle se furent un temps divisées sur la question, la Cour de cassation, par deux arrêts de sa Chambre mixte du 30 avril 1976<sup>10</sup>, a consacré la

<sup>1</sup> Com. 29 mai 1980, *B. IV*, n° 216 ; Com. 21 octobre 1980, *Gaz Pal.* 1981, I, *Pan.* 57 ; Civ. 3, 8 juin 1988, préc. ; Soc. 24 janvier 2001, n° 98-45910.

<sup>2</sup> Héron et Le Bars, *op. cit.*, n° 57.

<sup>3</sup> Com. 5 janvier 1999, préc.

<sup>4</sup> Civ. 3, 21 novembre 1978, *Bull. civ.* III, n° 354 : « *témérité certaine s'analysant en un abus d'ester en justice* » (*sic*).

<sup>5</sup> Com. 9 octobre 2001, n° 99-14701.

<sup>6</sup> Civ. 1, 17 septembre 2003, préc. ; Civ. 3, 22 mars 2005, préc. ; rappr. Civ. 2, 25 novembre 2004, préc., *a contrario*.

<sup>7</sup> Civ. 1, 13 avril 1992, n° 90-16071, *B. I*, n° 123 ; *JCP* 1993, I, 221, n° 3676, obs. F.-X. Testu : action en nullité d'une vente conclue en violation d'une clause d'inaliénabilité destinée à garantir le paiement d'une rente viagère.

<sup>8</sup> Civ. 1, 14 décembre 1999, aff. *Miterranand*, n° 97-15756, *B. I*, n° 345 ; *D.* 2000, J, 372, 1ère espèce, note B. Beignier ; *D.* 2000, *somm.* 266, obs. Ch. Caron ; *J.C.P.* 2000, II, 10241, concl. C. Petit ; *C.C.E.* 2000, *com.* 39, obs. A. Lepage ; *RTD civ.* 2000, p. 291, n° 4, obs. J. Hauser ; *LPA* 22 mai 2000, n° 101, p. 8, note S. Prieur ; Civ. 2, 8 juillet 2004, n° 03-13260, *B. II*, n° 390 ; *D.* 2005, *pan.* 2644, obs. A. Lepage ; *RTD civ.* 2004, p. 714, n° 4, obs. J. Hauser ; Civ. 1, 15 février 2005, n° 03-18302, *B. I*, n° 86 ; *D.* 2005, *pan.* 2644, obs. A. Lepage ; *RTD civ.* 2005, p. 363, n° 4, obs. J. Hauser.

<sup>9</sup> Civ. 1, 15 février 2005, préc.

<sup>10</sup> Ch. mixte 30 avril 1976, n° 73-93014 et 74-90280, *B. mixte*, n° 2 et 3 ; *D.* 1977, J, 185, note M. Contamine-Raynaud ; *RTD civ.* 1976, 556, obs. G. Durry ; dans le même sens : *Crim.* 28 octobre 1992, n° 91-85925, *B. crim.* n° 349, pour la transmission

transmission aux héritiers du droit à réparation du dommage résultant des souffrances morales endurées par la victime avant son décès et, partant, de l'action correspondante, quand bien même la victime ne l'aurait pas intentée de son vivant. En effet, selon la Cour de cassation, ce droit était d'ores et déjà né dans le patrimoine de la victime.

### Section 3 : Classifications des actions en justice

- L'action en justice, voie de droit générale

Il serait vain de dresser une liste complète de toutes les actions en justice. En droit romain, la chose était possible, car les droits existaient en nombre limité et à chaque droit correspondait une action. Mais il n'en est plus ainsi aujourd'hui : les droits sont en nombre indéfini, en raison du principe de l'autonomie de la volonté. La jurisprudence admet même qu'on puisse créer, par convention, d'autres droits réels que ceux reconnus par la loi, notamment par le Code civil<sup>1</sup>. Dès lors qu'il est impossible d'énumérer tous les droits, il est impossible de cataloguer les actions qui les sanctionnent. L'action en justice est donc une voie de droit générale.

- Classement des actions en justice

On peut néanmoins s'efforcer de classer les actions, selon la nature du droit substantiel qu'elles tendent à sanctionner ou selon l'objet de ce droit. On distinguait aussi naguère les actions pétitoires et possessoires, mais cette distinction est désormais caduque.

L'idée selon laquelle les actions en justice pourraient se classer en fonction de la nature du droit substantiel qu'elle ont vocation à protéger a néanmoins été contestée, à juste titre, par Motulsky<sup>2</sup>. En effet l'action en justice ayant un objet purement processuel, obtenir une décision sur le fond, sa « coloration » ne concerne, en réalité, que les droits substantiels mis en jeu, et non elle-même.

Aussi bien le Code de procédure civile évite-t-il de catégoriser les actions en justice et ne distingue-t-il que les « matières » – immobilière, mobilière, réelle, personnelle, mixte, notamment – correspondant à l'objet de la prétention, c'est-à-dire le droit substantiel invoqué et que l'action en justice a pour vocation de protéger.

Ce n'est donc que par commodité de langage et pour se conformer à une terminologie souvent adoptée dans les ouvrages, sans nier l'inexactitude du postulat sur lequel elles reposent<sup>3</sup>, qu'on traitera des différentes catégories d'actions :

- actions réelles, personnelles ou mixtes
- actions mobilières et immobilières
- actions pétitoires et possessoires (catégorie disparue)

### § 1 Actions réelles, personnelles ou mixtes

On examinera successivement le contenu de la classification et ses intérêts.

#### A. Contenu de la classification

Les actions réelles portent sur des droits réels. Le droit réel que l'action réelle tend à sanctionner peut être un droit réel principal comme le droit de propriété ou ses démembrements, l'usufruit ou la servitude. Mais il peut aussi être un droit réel accessoire : ainsi l'action hypothécaire sanctionne-t-elle le droit d'hypothèque<sup>4</sup>.

---

de la créance de réparation du préjudice résultant des souffrances physiques, malgré le décès instantané de la victime ; Civ. 1, 13 mars 2007, n° 05-19020, B. I, n° 118 ; D. 2007, A.J. 101.

<sup>1</sup> Req. 13 février 1834 *Caquelard*, S. 34, 1, 205, note H. Capitant ; *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 13ème éd., Dalloz, 2015, t. I, n° 66, obs. F. Terré et Y. Lequette ; Civ. 3, 31 octobre 2012, n° 11-16304, B. III, n° 159 ; *Les grands arrêts...*, t. I, n° 67, obs. F. Terré et Y. Lequette ; D. 2013, 53, note L. d'Avout et B. Mallet-Bricout ; JCP 2012, II, 1400, note F.-X. Testu ; LPA 16 janvier 2013, p. 11, note F.-X. Agostini ; RDC 2013, 584, obs. R. Libchaber ; RTD civ. 2013, 142, obs. W. Dross.

<sup>2</sup> Motulsky « Le droit subjectif et l'action en justice », *op. cit.*, II, A, 2° ; note ss. Civ. 2, 6 juin 1962, JCP 1963, II, 13191, *op. cit.*, I ; dans le même sens : Cornu et Foyer, *op. cit.*, n° 73.

<sup>3</sup> Cf. Cornu et Foyer, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>4</sup> H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. I, Sirey, 1961, n° 129.

L'action personnelle tend, quant à elle, à permettre la sanction d'un droit de créance. Quant à l'action mixte, elle représente une catégorie intermédiaire appelant quelques explications.

Dans une classification fondée sur la nature des droits, cette catégorie intermédiaire apparaît insolite, puisqu'il n'existe pas de droits mixtes. Mais, sous cette expression, dont l'origine remonte aux *Institutes* de Justinien, la doctrine désigne toute action par laquelle le demandeur se prévaut cumulativement d'un droit réel et d'un droit personnel, prenant l'un et l'autre leur source dans une même opération juridique. On en distingue deux catégories :

- D'une part, les actions tendant à l'exécution d'un acte qui a transféré ou créé un droit réel immobilier tout en donnant naissance à un droit de créance. Par exemple, l'acheteur qui réclame la délivrance de l'immeuble agit à la fois en qualité de créancier de la délivrance (action personnelle) et en tant que propriétaire (action réelle), puisqu'il est devenu propriétaire dès l'échange des consentements, conformément aux articles 1196, alinéa 1er<sup>1</sup>, et 1583 du Code civil.
- D'autre part, toutes les actions relatives à l'anéantissement d'un acte juridique translatif d'un droit réel immobilier. L'objectif de ces actions est l'anéantissement d'un acte en raison d'une inexécution (action personnelle) et comme il y aura restitution d'un bien, l'action a également un caractère réel.

Critique : en réalité, ce qui est « mixte », ce n'est pas tant l'action que la matière sur laquelle elle porte. En raison de l'enchevêtrement d'un double élément réel et personnel, cette matière donne en effet naissance à deux actions distinctes qui sont unis dans une même instance par un lien de connexité<sup>2</sup>. Ainsi en va-t-il, par exemple, dans l'action en résolution de la vente pour défaut de paiement du prix. Le vendeur impayé ne se prévaut, dans un premier temps, que de son droit de créance, pour obtenir la résolution du contrat pour inexécution. Son action est donc nécessairement personnelle à l'origine. Ce n'est que si la vente est judiciairement résolue, qu'il redevient propriétaire de la chose en raison de l'anéantissement rétroactif du contrat et qu'il peut, à ce titre, la revendiquer par une action réelle.

Les rédacteurs du Code de procédure civile ne s'y sont d'ailleurs pas trompés, puisque l'article 46 du code, à propos de la compétence territoriale, n'évoque que la « matière mixte », et non une « action mixte ». Ce sont la doctrine et la jurisprudence qui, *brevitatis causa*, ont fini par accréditer cette terminologie artificielle et défectueuse.

## B. Intérêts de la classification

Le principal intérêt de cette classification est de déterminer la juridiction compétente territorialement. En matière personnelle ou mobilière, l'action est portée devant le tribunal du lieu où demeure le défendeur (article 42 du Code de procédure civile), alors qu'en matière réelle immobilière c'est la juridiction du lieu de situation de l'immeuble qui est exclusivement compétente (article 44 du Code de procédure civile). Dans le cas d'une action mixte, le demandeur bénéficie d'une option : il peut saisir l'une ou l'autre de ces deux juridictions, selon l'article 46 précité du Code de procédure civile.

## § 2 Actions mobilières et immobilières

On précisera, ici encore, le contenu de la classification, avant d'en exposer les intérêts.

### A. Contenu de la classification

Si la distinction de ces deux types d'actions obéit à un critère de distinction incontesté et traditionnel, le droit actuel connaît une inflation des actions mobilières, d'où l'importance particulière de cette catégorie d'actions.

#### 1. Critère de distinction entre action mobilière et action immobilière

L'action mobilière tend à assurer la sanction d'un droit de nature mobilière. Sera, au contraire, immobilière l'action visant à la sanction d'un droit réel immobilier<sup>3</sup> : action en revendication d'un

<sup>1</sup> La règle était déjà énoncée, en des termes différents, par l'ancien article 1138 du Code civil.

<sup>2</sup> Solus et Perrot, *op. cit.*, t. I, n° 134 ; Perrot, *op. cit.*, t. I, p. 52.

<sup>3</sup> Article 526 du Code civil.

immeuble – par nature ou par destination<sup>1</sup> –, action confessoire ou négatoire d'un usufruit immobilier, action confessoire ou négatoire d'une servitude, notamment.

## 2. Importance actuelle de la catégorie des actions mobilières

La liste des immeubles étant, on le sait, limitative, tout ce qui n'y figure pas est nécessairement qualifié de meuble. La catégorie des actions mobilières est donc résiduelle. C'est ainsi, par exemple, que l'obligation d'accomplir des travaux sur un immeuble est mobilière. D'une manière générale, toutes les obligations de faire ou de ne pas faire sur un immeuble sont mobilières. L'importance actuelle de la catégorie des actions mobilières doit ainsi être soulignée<sup>2</sup>.

On enseignait naguère, il est vrai, qu'une créance immobilière correspondait, en revanche, à l'obligation de donner un immeuble, lorsque les parties à un contrat translatif de propriété étaient convenues de différer le transfert de propriété dans le temps<sup>3</sup>. Mais les articles 1196 et 1197 du Code civil, en leur rédaction issue de l'ordonnance du 10 février 2016, condamnent implicitement la notion même d'obligation de donner<sup>4</sup>, à laquelle le Code civil ne fait désormais plus allusion. Selon ces textes, en effet, le transfert de propriété est un effet du contrat lui-même ayant pour objet l'aliénation du bien. Un tel contrat ne donne donc pas naissance à une obligation de donner, mais à une obligation de faire, celle de délivrer le bien au cocontractant, exigible le transfert de propriété serait-il différé par la volonté des parties, la nature de la chose ou la loi. Or l'obligation de faire consistant en une prestation, a une nature mobilière, lors même qu'elle porterait sur un immeuble. La catégorie des actions personnelles immobilières semble donc avoir disparu<sup>5</sup>.

Le concept d'obligation de donner était, de fait, fort controversé en doctrine, en raison de la difficulté de le concilier avec le principe français du transfert de propriété *solo consensu* (articles 1196, alinéa 1er, et 1583 du Code civil). On avait en effet dénoncé le paradoxe d'une obligation s'éteignant par son exécution au moment même où elle prenait naissance, avec la conclusion du contrat translatif de propriété<sup>6</sup>.

## B. Intérêts de la classification

Cette distinction est nécessaire au regard de la compétence d'attribution et de la compétence territoriale<sup>7</sup>.

### 1. Compétence d'attribution

Le tribunal judiciaire a une compétence exclusive pour connaître des actions immobilières (article R. 211-3-26 du Code de l'organisation judiciaire).

### 2. Compétence territoriale

En ce qui concerne la compétence territoriale, les actions immobilières sont jugées par le tribunal du lieu de situation de l'immeuble, alors que les actions mobilières relèvent du tribunal du lieu de la demeure du défendeur.

En effet, l'article 44 du Code de procédure civile prévoit qu'en matière réelle immobilière, la juridiction du lieu où est situé l'immeuble est seule compétente. Or il n'existe pas d'actions personnelles immobilières, visant à sanctionner uniquement un droit personnel<sup>8</sup>. Tout au plus parle-t-on, selon une

<sup>1</sup> Article 517 du Code civil.

<sup>2</sup> Solus et Perrot, *op. cit.*, t. I, n° 144.

<sup>3</sup> Cf. par ex. F. Terré et Ph. Simler, *Les biens*, 9ème éd., Dalloz, 2014, n° 37.

<sup>4</sup> Chantepie et Latina, *Le nouveau droit des obligations (Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil)*, *op. cit.*, n° 533-534.

<sup>5</sup> Comp., avant la réforme du droit des obligations de 2016 : Solus et Perrot, *op. cit.*, t. I, n° 149.

<sup>6</sup> J. Carbonnier, *Droit civil*, PUF, 2004, t. II, n° 770 (« l'obligation de donner n'a pas le temps d'exister ») et n° 925, p. 1927 (« Ces obligations ne peuvent exister qu'en théorie et le temps d'un éclair ») ; J. Ghestin « Réflexions d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété », *D.* 1981, *Chr.* 1, n° 13 ; D. Tallon « Le surprenant réveil de l'obligation de donner », *D.* 1992, *chr.* 67 ; M. Fabre-Magnan « Le mythe de l'obligation de donner », *RTD civ.* 1996, 85 et suiv. ; A.-S. Lucas-Puget, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, préf. M. Fabre-Magnan, LGDJ, 2005, n° 546 ; Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 533 ; *contra* : J. Huet « Des différentes sortes d'obligations et, plus particulièrement, de l'obligation de donner, la mal nommée, la mal aimée », *op. cit.* ; F. Zenati-Castaing et Th. Revet, *Cours de droit civil : Obligations, régime*, PUF, 2013, n° 10 ; Ph. Chauviré, *L'acquisition dérivée de la propriété, le transfert volontaire des biens*, préf. Th. Revé, LGDJ, 2013 ; *adde* : S. Courdier-Cuisinier « Nouvel éclairage sur l'énigme de l'obligation de donner (essai sur les causes d'une controverse doctrinale) », *RTD civ.* 2005, 521 et suiv.

<sup>7</sup> Cf. *infra* : « La compétence », « Détermination de la compétence ».

<sup>8</sup> Cf. par ex. F. Terré et Ph. Simler, *Droit civil, Les biens*, 9ème éd., Dalloz, 2014, n° 37.

terminologie critiquée, d'actions mixtes, lorsque le demandeur est à la fois créancier et propriétaire, tel l'acquéreur devenu propriétaire de la chose vendue par l'effet de la vente et qui se heurte à l'inexécution par le vendeur de son obligation de délivrance<sup>1</sup>. En pratique, la matière immobilière relève donc de la compétence territoriale du tribunal du lieu de situation de l'immeuble et plus précisément, du tribunal judiciaire de ce lieu.

### § 3 Actions pétitoires et actions possessoires

Parmi les actions qui sont, tout à la fois, réelles et immobilières, on distinguait traditionnellement les actions possessoires et les actions pétitoires<sup>2</sup>. Cette distinction est toutefois caduque, car les actions possessoires, traditionnellement ouvertes afin de protéger la possession indépendamment du fond du droit, ont disparu de la procédure civile française.

Certes, comme l'énonce toujours l'article 2278, alinéa 1er, du Code civil : « *La possession est protégée, sans avoir égard au fond du droit, contre le trouble qui l'affecte ou la menace.* » En d'autres termes, situation juridique de fait, la possession n'en est pas moins protégée en elle-même. Si un possesseur est troublé dans sa possession, il pourra donc, sans avoir pour autant à démontrer qu'il est propriétaire, demander au juge que le respect de sa possession soit assuré, à l'encontre de l'auteur du trouble, qui qu'il soit<sup>3</sup>.

Depuis la loi n° 75-596 du 9 juillet 1975, la protection possessoire a en outre été étendue au détenteur précaire, bien que celui-ci n'ait pas, contrairement au possesseur, *l'animus domini*, puisqu'il détient une chose ou un droit pour le compte du véritable titulaire. Aux termes, en effet, de l'article 2278, alinéa 2, du Code civil : « *La protection possessoire est pareillement accordée au détenteur contre tout autre que celui de qui il tient ses droits.* »

Cependant les actions possessoires étaient devenues largement inutiles, en raison de l'existence d'actions concurrentes, plus simples d'emploi, permettant de protéger efficacement la possession<sup>4</sup>. Bien que leur origine remontât au droit romain, le législateur s'est donc décidé à les supprimer.

Cette suppression est intervenue en deux étapes.

- L'article 9 de la loi n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures a, tout d'abord, abrogé l'article 2279 du Code civil, aux termes duquel aux termes duquel « *les actions possessoires sont ouvertes dans les conditions prévues par le code de procédure civile à ceux qui possèdent ou détiennent paisiblement* »<sup>5</sup>.
- Puis un décret n° 2017-892 du 6 mai 2017 portant diverses mesures de modernisation et de simplification de la procédure civile a abrogé les articles 1264 à 1267 du Code de procédure civile gouvernant les actions possessoires.

On n'évoquera donc ces actions possessoires que pour mémoire, avant de signaler les actions concurrentes qui les ont rendues superflues.

#### A. Les différentes actions possessoires

Les anciens articles 1264 et suivants du Code de procédure civile ouvraient trois actions possessoires au possesseur et au détenteur précaire, afin de faire sanctionner le trouble apporté à la possession ou à la détention : la complainte, la dénonciation de nouvel œuvre et la réintégration. Ces actions avaient été reprises de la tradition de l'Ancien droit par la jurisprudence. Chacune était soumise à un régime particulier sur certains points.

##### 1. La complainte

Elle était ouverte au possesseur ou au détenteur précaire à deux conditions : un trouble possessoire actuel, une possession ou détention paisible et annale.

###### a. Trouble possessoire actuel

La complainte était donnée à tout possesseur ou détenteur précaire d'un immeuble dont la possession était présentement troublée par autrui. Elle visait donc à la cessation d'un trouble actuel, qui vient contredire la possession ou la détention

<sup>1</sup> Cf. *supra* : § 2 « Actions réelles, personnelles ou mixtes ».

<sup>2</sup> J.-L. Bergel « Réformer la distinction du pétitoire et du possessoire », in : *Mélanges en l'honneur du professeur Gilles Goubeaux*, Lextenso et Dalloz, 2009, 17 ; W. Dross « La fonction ambiguë de l'action possessoire », *Defrénois* 2006, 127.

<sup>3</sup> Civ. 3, 7 mars 2012, n° 11-10177, *B. III*, n° 38.

<sup>4</sup> Y. Strickler « La mort des actions possessoires », in : *Etudes offertes au doyen Philippe Simler*, Dalloz, 2006, 823 ; P. Hilt « De l'utilité des actions possessoires », *Gaz. Pal.* 14-18 août 2005, p. 2 ; *Rapport annuel de la Cour de cassation* 2009, p. 17 ; *ibid.* 2010, p. 13.

<sup>5</sup> L. Dargent « L'action possessoire n'est plus : vive le référé possessoire ! », *Dalloz Actualité* 17 février 2015 ; H. Périnet-Marquet « La fin des actions possessoires, chronique d'une mort annoncée », *JCP* 2015, 244 ; N. Cayrol « Abrogation des actions possessoires », *RTD civ.* 2015, 705 ; J.-L. Bergel « Feu les actions, vive la protection possessoire », *RDI* 2015, 265 ; A. Marque « Fin de partie pour l'action possessoire ou les beaux jours du référé », *LPA* 21 avril 2015, n° 79, p. 4.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Panthéon-Assas  
Licence droit 3ème année Melun 2023-2024

d'autrui.

b. Possession ou détention paisible et annale

L'action supposait une possession ou une détention paisible ayant duré une année (ancien article 1264 du Code de procédure civile). En effet, si le possesseur ou le détenteur s'est emparé du bien par la violence, l'ordre public n'exige pas le maintien de la situation acquise, au contraire : *vim vi repellere licet*.

2. La dénonciation de nouvel œuvre

L'une de ses conditions d'ouverture différait de celles de la complainte. En effet, cette action possessoire tendait à protéger le possesseur ou le détenteur précaire contre un trouble simplement éventuel.

a. Trouble possessoire éventuel

La dénonciation de nouvel œuvre était accordée en cas de trouble éventuel, résultant de ce que le propriétaire voisin fait sur son fonds des travaux qui, une fois achevés, entraîneront un trouble pour le possesseur ou le détenteur actuel du fonds voisin. L'action avait donc pour objet la suspension de travaux qui, s'ils étaient menés à terme, entraînerait un trouble de la possession ou de la détention pour le demandeur à l'action.

Ex. travaux susceptibles d'occulter une servitude de vue grevant le fonds sur lequel ils sont effectués.

Remarque : cette action représentait une illustration remarquable des rares hypothèses où un intérêt simplement éventuel suffit à rendre l'action recevable<sup>1</sup>.

b. Possession ou détention paisible et annale

Comme la complainte, et pour le même motif, la dénonciation de nouvel œuvre n'était ouverte qu'à celui qui justifiait d'une possession ou une détention paisible ayant duré une année (ancien article 1264 du Code de procédure civile).

3. La réintégrande

Elle portait encore le nom d'action en réintégration. En raison de la gravité du trouble apporté à la possession ou la détention, les conditions que celle-ci devait remplir pour être protégée, étaient plus souples.

a. Trouble possessoire consistant en une voie de fait

La réintégrande illustrait l'adage latin *spoliatus ante omnia restituendus*. Cette action possessoire correspondait en effet à une situation d'une extrême gravité, dans la mesure où elle venait sanctionner une dépossession brutale, violente, constitutive d'une voie de fait portant par la-même atteinte à l'ordre public.

b. Possession ou détention paisible sans minimum de durée

C'est la raison pour laquelle la réintégrande obéissait à des conditions allégées par rapport aux deux autres actions possessoires : une possession ou une détention actuelle suffisait, pourvu qu'elle fût paisible, sans qu'il fût nécessaire qu'elle ait duré un an (ancien article 1264 du Code de procédure civile).

B. L'existence d'actions concurrentes ayant rendu inutiles les actions possessoires

Il est apparu que des actions d'origine plus récente que les actions possessoires protégeaient efficacement le possesseur ou le détenteur contre les troubles émanant d'autrui<sup>2</sup>. En effet, l'article 835, alinéa 1er, du Code de procédure civile<sup>3</sup> permet au président du tribunal judiciaire ou au juge des contentieux de la protection dans les limites de sa compétence d'ordonner en référé, même en présence d'une contestation sérieuse, toute mesure conservatoire ou de remise en état qui s'impose, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite<sup>4</sup>. Or, selon les cas, le trouble possessoire soit annonce un dommage imminent pour le possesseur ou le détenteur, soit constitue un trouble manifestement illicite. Dès lors, le possesseur ou le détenteur peut obtenir la protection judiciaire au moyen du référé-sauvegarde de l'article 835, alinéa 1er, ce qui rendait l'exercice d'une action possessoire inutile.

De fait, la Cour de cassation a admis que la voie de fait ouvrant l'action en réintégrande peut présenter un caractère manifestement illicite, auquel le juge des référés peut mettre fin, en usant des pouvoirs qu'il tient de l'article 835, alinéa 1er, du Code de procédure

<sup>1</sup> Cf. *infra* : chap. II « Régime de l'action en justice », section 1 « Existence de l'action en justice », § 1 « Conditions subjectives d'existence de l'action en justice », A. « L'intérêt à agir », 2. « Caractères de l'intérêt », a. « Intérêt né et actuel ».

<sup>2</sup> Chainais et alii, *op. cit.*, n° 1912 et suiv. ; W. Dross, *Droit des biens*, 4ème éd., Lextenso Éditions, coll. Précis Domat, 2019, n° 261.

<sup>3</sup> Ancien article 809, alinéa 1er, du Code de procédure civile.

<sup>4</sup> Cf. *infra* : 2ème partie « L'instance », titre II « Déroulement de l'instance », chap. I « La procédure devant le tribunal de justice », section 2 « Les procédures spéciales », § 2 « Les procédures devant le président du tribunal judiciaire ou le juge des contentieux de la protection », A. « Le référé », 1. « Cas d'ouverture à référé », b. « Cas spéciaux d'ouverture à référé », a) « Référé sauvegarde ».

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Panthéon-Assas  
Licence droit 3ème année Melun 2023-2024

civile<sup>1</sup>. Il en va de même du trouble actuel, auquel la plainte avait pour objet de mettre fin. Quant au trouble futur et éventuel donnant naissance à l'ancienne dénonciation de nouvel œuvre, le juge des référés peut ordonner toute mesure destinée à le prévenir en tant qu'il constitue un dommage imminent, toujours sur le fondement de l'article 835, alinéa 1er.

L'emploi du référé-sauvegarde permettait au demandeur, le cas échéant, de tourner les conditions de recevabilité spécifiques aux actions possessoires, en particulier l'obligation, pour le possesseur ou le détenteur, commune à toutes ces actions, d'agir dans l'année du trouble (ancien article 1264 du Code de procédure civile)<sup>2</sup>. Ainsi fréquemment supplantées par la procédure plus simple et plus rapide de ce référé-sauvegarde<sup>3</sup>, avec laquelle la plupart des avocats sont mieux familiarisés, les actions possessoires étaient dès lors progressivement tombées en désuétude, avant que le législateur ne les abroge. Seules les actions en référé assurent donc, désormais, la protection possessoire<sup>4</sup>.

## Chap. II : Régime de l'action en justice

Ce régime concerne l'existence de l'action en justice et son exercice, qu'on traitera donc successivement.

### Section 1 : Existence de l'action en justice

Aux termes de l'article 30, alinéa 1er, du Code de procédure civile : « *L'action est le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée.* »

- Lien entre l'existence de l'action et sa recevabilité

Ce lien se manifeste à travers la notion demande en justice, laquelle doit être, en théorie, distinguée de celle d'action en justice<sup>5</sup>. L'action en justice n'est en effet qu'un pouvoir virtuel de saisir les tribunaux. La demande en justice est, quant à elle, l'acte par lequel une personne exerce ce pouvoir, la manifestation concrète de l'action, « *l'acte d'ouverture des hostilités* », selon l'expression imagée de Morel.

L'irrecevabilité de cette demande est la sanction attachée à l'absence de droit de son auteur à agir : « *Est irrecevable toute prétention émise par une personne dépourvue du droit d'agir* » (article 32 du Code de procédure civile). Pour que l'action existe, il faut donc que la demande ou le moyen de défense ne se heurte à aucune fin de non-recevoir. Toutefois, dans la terminologie courante, on confond assez facilement action et demande en justice. Aussi dit-on souvent que l'action est irrecevable, alors qu'il serait plus exact de dire que la demande est irrecevable.

- Classification des fins de non-recevoir

Selon une classification traditionnelle, aujourd'hui remise en cause, les conditions de recevabilité de l'action en justice seraient au nombre de quatre, dont il appartiendrait au demandeur de justifier :

- un droit  
En effet, selon la doctrine classique, l'action ne serait rien d'autre que « *le droit en mouvement* », « *le droit à l'état de guerre* ». D'où l'adage célèbre « *pas de droit, pas d'action* ».
- un intérêt
- la qualité
- la capacité requise

Cette classification est à la fois inexacte et incomplète<sup>6</sup>.

- Inexactitude de la classification traditionnelle

Elle se manifeste à deux égards.

- α) L'existence d'un droit n'est pas une condition de recevabilité de l'action en justice, mais uniquement de son succès au fond.

<sup>1</sup> Ass. plén. 28 juin 1996, n° 94-15935, *B. ass. plén.*, n° 6 ; *D.* 1996, *J.* 501, note J.-M. Coulon ; *RTD civ.* 1997, 216, obs. J. Normand ; *Civ.* 3, 7 décembre 2017, n° 15-22742 ; *Civ.* 3, 21 décembre 2017, n° 16-25430.

<sup>2</sup> Dross, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>3</sup> Héron et Le Bars, *op. cit.*, n° 426, *in fine* ; Chainais et *alii*, *op. cit.*, n° 1913-1914.

<sup>4</sup> *Civ.* 3, 23 septembre 2020, n° 19-16370 (P) ; *D. actu.* 23 octobre 2020, obs. Y. Strickler.

<sup>5</sup> *Cf. supra* : chap. I.

<sup>6</sup> Cornu et Foyer, *Procédure civile*, n° 80.



Selon la conception traditionnelle<sup>1</sup>, le droit et l'action sont une seule et même chose, qui se présente sous deux aspects différents. L'action ne serait que le prolongement judiciaire du droit subjectif. Pour reprendre l'expression imagée de Demolombe « *l'action est le droit à l'état de guerre, au lieu de l'être à l'état de paix* »<sup>2</sup>. La doctrine classique en tirait notamment comme conséquence que toute action supposerait un droit, d'où l'adage fameux « *pas de droit, pas d'action* »<sup>3</sup>.

Mais on s'accorde aujourd'hui à considérer que cet adage repose sur une confusion entre deux questions distinctes, qui se posent successivement au juge devant lequel l'action en justice est portée :

- tout d'abord, celle de savoir s'il a été, ou non, régulièrement saisi, en d'autres termes si la demande formée devant lui ne se heurte à aucune fin de non-recevoir, à savoir « *tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond* » (article 122 du Code de procédure civile) ;
- ensuite, en admettant qu'il ait été répondu par l'affirmative à la question précédente, celle de savoir si la demande est, ou non, fondée. Dans l'affirmative, le juge fera droit à cette demande et, dans la négative, il débouterà le demandeur. Cette seconde question intéresse le fond du droit et non la procédure ; sa solution est commandée par l'application des règles du droit civil, du droit commercial, etc... et non pas par les règles de la procédure civile.

Aussi la doctrine moderne dissocie-t-elle l'action du droit substantiel, qu'elle tend à faire respecter, pour l'ériger en prérogative autonome. Pour certains, il s'agirait d'un droit, conception que l'article 30 du Code de procédure civile fait sienne, en définissant l'action comme « *le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée.* » Pour d'autres, il s'agirait plutôt d'une liberté ou d'une faculté de s'adresser aux tribunaux, que d'un droit subjectif à proprement parler, car l'action en justice est ouverte à tous, alors que le droit subjectif est réservé exclusivement à son titulaire. L'article 30 exprimant le droit positif, on a présenté antérieurement l'action en justice comme un droit, et non comme une liberté ou une faculté<sup>4</sup>.

### β) La capacité n'est pas davantage une condition de recevabilité de l'action en justice.

Bien entendu, la capacité de jouissance est une condition d'existence de l'action, comme de celle de tout droit, de toute prérogative juridique. Mais, en citant la capacité parmi les conditions de recevabilité, les auteurs classiques songent, en réalité, à la capacité d'exercice.

Or, comme son nom l'indique, cette dernière n'est pas une condition d'existence de l'action, à défaut de laquelle celle-ci serait irrecevable. Aussi bien, l'article 117 du Code de procédure civile classe-t-il le défaut de capacité d'ester en justice, de même d'ailleurs que le défaut de pouvoir, parmi les irrégularités de fond affectant les actes de procédure, et non parmi les fins de non-recevoir à l'action en justice.

On comprend dès lors pourquoi l'article 31 du Code de procédure civile n'évoque que l'intérêt et la qualité à agir comme conditions d'ouverture de l'action en justice :

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

- Incomplétude de la classification traditionnelle<sup>5</sup>

Seules les conditions subjectives d'existence de l'action en justice, s'appréciant en la personne du plaideur, ont été jusqu'à présent évoquées. Or l'action en justice peut se heurter à une fin de non-recevoir, alors même que le demandeur possède tout à la fois un intérêt légitime à agir et la qualité à

<sup>1</sup> Cf. *supra* : chap. I.

<sup>2</sup> C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. IX, 1878, n° 228.

<sup>3</sup> Glasson, Tissier et Morel, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, t. I, n° 173.

<sup>4</sup> Cf. *supra* : chap. I.

<sup>5</sup> H. Motulsky, note ss. Civ. 2, 6 juin 1962, *JCP* 1963, II, 13191, reproduite in : *Écrits*, t. I, Études et notes de procédure civile, p. 354 et suiv., II.

cet effet. C'est donc que l'existence de l'action en justice, à défaut de laquelle la demande est irrecevable, est subordonnée à d'autres conditions que ces conditions subjectives, que l'article 31 du Code de procédure civile vise exclusivement.

L'article 122 du Code de procédure civile le confirme, en citant, comme fins de non-recevoir, outre « *le défaut de qualité* » et « *le défaut d'intérêt* », « *la prescription, le délai préfix, la chose jugée* ». Pour que la demande soit recevable, l'action en justice doit donc satisfaire à des conditions qui peuvent être qualifiées d'objectives, dans la mesure où elles se rapportent à l'action envisagée en elle-même, abstraction faite de la personne qui l'intente.

L'article 122 ne traite que des fins de non-recevoir auquel une demande en justice, et non un moyen de défense peut se heurter. En effet, inséré dans le titre V du livre 1er du Code de procédure civile consacré aux moyens de défense, ce texte définit un des trois moyens de défense, la fin de non-recevoir – les deux autres moyens de défense sont la défense au fond et de l'exception de procédure. Il n'envisage donc logiquement la fin de non-recevoir que comme un moyen de défense opposé à une demande en justice. Il n'en demeure pas moins, on l'a vu, que, d'une manière générale, l'irrecevabilité peut affecter aussi bien une demande en justice qu'un moyen de défense. Dès lors que l'un ou l'autre est irrecevable, le justiciable, demandeur ou défendeur selon les cas, est privé du droit d'agir.

A la lumière des explications qui viennent d'être présentées, on traitera dès lors successivement des conditions subjectives et des conditions objectives d'existence de l'action en justice.

## § 1 Conditions subjectives d'existence de l'action en justice

Elles s'apprécient donc en la personne du plaideur. Selon l'article 31 du Code de procédure civile précité, rappelons-le, « *l'action est ouverte à tous ceux qui*

- *ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention,*
- *sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention, ou pour défendre un intérêt déterminé. »*

Pour que la prétention ou le moyen de défense d'un plaideur soit recevable, deux conditions subjectives d'existence de l'action en justice doivent donc être remplies :

- l'intérêt à agir
- la qualité pour agir.

L'intérêt et la qualité pour agir sont requis aussi bien en la personne du demandeur que du défendeur. En effet, l'article 31 indique bien que l'action n'est ouverte qu'à ceux qui ont un intérêt légitime « *au succès ou au rejet d'une prétention* », sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie « *pour élever ou combattre une prétention...* ». Il vise donc aussi bien le demandeur qui forme une prétention, que le défendeur qui entend la combattre. Mais il est vrai que la question de l'intérêt et de la qualité pour agir est le plus souvent discutée en la personne du demandeur.

### A. L'intérêt à agir

« *Pas d'intérêt, pas d'action* », « *L'intérêt est la mesure des actions* », selon des brocards traditionnels. Pour que l'action en justice soit recevable, l'intérêt doit donc exister ; mais il doit, en outre, remplir certains caractères.

#### 1. Existence de l'intérêt

**Définition** : profit, utilité, avantage que l'action en justice est susceptible de procurer au plaideur<sup>1</sup>. Dire d'une personne qu'elle « a intérêt à agir », signifie que la prétention formée est susceptible de modifier, en l'améliorant, sa situation juridique. Si l'exercice d'une action ne présente pas d'utilité pour celui qui en prend l'initiative, sa prétention doit être déclarée irrecevable et rejetée sans qu'il y ait lieu d'en apprécier le bien fondé. Les juges du fond apprécient souverainement l'existence d'un intérêt à agir<sup>2</sup>,

<sup>1</sup> Cornu, *Vocabulaire Henri Capitant*, v° « intérêt » ; Cornu et Foyer, *Procédure civile*, n° 78.

<sup>2</sup> Cf. par ex. Civ. 1, 4 novembre 1980, B. I, n° 223 ; Civ. 2, 27 mai 2004, n° 02-15700, B. II, n° 239.

sauf toutefois à devoir motiver leur décision en recherchant cet intérêt<sup>1</sup>.

Ex. l'héritier non réservataire est irrecevable à demander la nullité d'un testament, si un testament antérieur non contesté l'a déjà écarté de la succession. En effet, le testament litigieux serait-il déclaré nul, l'héritier n'en serait pas moins dépourvu de toute vocation successorale<sup>2</sup>.

Ex. ne justifie d'aucun intérêt à agir le débiteur qui conteste des mesures d'exécution forcée restées infructueuses – saisie de comptes bancaires débiteurs<sup>3</sup>. Mais, en sens inverse, il a été jugé que le créancier hypothécaire de troisième rang était recevable à demander, par la voie de l'action oblique, le partage du bien indivis grevé d'hypothèque, au motif que « *la circonstance que le créancier, demandeur à l'action en partage peut être primé par d'autres créanciers disposant d'un privilège de rang meilleur n'est pas de nature à le priver de son intérêt à agir* », en dépit des constatations des juges du fond que ce créancier ne venait pas, en l'espèce, en rang utile<sup>4</sup>. La ligne directrice suivie par la jurisprudence n'apparaît donc pas toujours clairement.

Ex. la possession, par un créancier, d'un acte notarié constatant sa créance, d'ores et déjà liquide<sup>5</sup>, acte dont le débiteur ne conteste pas actuellement la validité, ne prive pas en soi ce créancier de l'intérêt à solliciter la condamnation au paiement de son débiteur en justice. En effet, l'acte notarié, bien qu'il constitue un titre exécutoire, ne revêt pas les attributs d'un jugement et aucune disposition légale ne fait obstacle à ce qu'un créancier dispose de deux titres exécutoires pour la même créance<sup>6</sup>.

L'exigence d'un intérêt à agir se justifie par la nécessité de couper court aux contestations inutiles, de nature à encombrer les prétoires. Selon l'expression de Roger Perrot, « *Les tribunaux ne sont pas faits pour donner des consultations purement théoriques ou pour délibérer sur des questions académiques* »<sup>7</sup>. Cet intérêt peut, au demeurant, être patrimonial comme extra-patrimonial, pécuniaire ou simplement moral. Mais il ne faut pas en conclure que n'importe quel intérêt puisse être retenu. Il doit en effet remplir certains caractères.

## 2. Caractères de l'intérêt

On affirme souvent que l'intérêt doit revêtir trois caractères :

- intérêt né et actuel
- intérêt direct et personnel
- intérêt juridique ou légitime

Contrairement aux deux premiers, le dernier caractère est néanmoins discutable.

### a. Intérêt né et actuel

La condition est traditionnelle. Certes, l'article 31 du Code de procédure civile ne la formule pas explicitement. Mais, en énonçant que l'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention, il la sous-entend, puisque le verbe « avoir » est conjugué au présent.

<sup>1</sup> Cf. par ex. Civ. 2, 21 octobre 2010, n° 09-65265.

<sup>2</sup> Req. 10 juillet 1883, S. 84, 1, 377 ; Civ. 1, 22 juin 1960, B. I, n° 342.

<sup>3</sup> Com. 26 juin 2007, n° 06-13773, B. IV, n° 173 ; RTD civ 2008, 714, obs. Ph. Théry.

<sup>4</sup> Civ. 1, 6 février 2008, n° 06-20267, B. I, n° 49 ; RTD civ. 2008, 714, obs. Ph. Théry.

<sup>5</sup> Pour que le créancier puisse, en effet, poursuivre l'exécution forcée de l'obligation, le titre exécutoire doit constater une créance liquide et exigible, selon l'article L. 111-2 du Code des procédures civiles d'exécution. Et, aux termes de l'article L. 111-6 du même code, relatif aux créances de somme d'argent, « *La créance est liquide lorsqu'elle est évaluée en argent ou lorsque le titre contient tous les éléments permettant son évaluation.* » Si donc la créance de somme d'argent, constatée dans l'acte notarié en sa possession, n'évalue pas la créance ou ne contient pas tous les éléments permettant son évaluation, le créancier a indubitablement un intérêt actuel à s'adresser au juge, afin que celui-ci, en condamnant le débiteur, fixe le montant de la créance (en ce sens, *a contrario* : Civ. 1, 16 octobre 2013, n° 12-21917, B. I, n° 200 ; D. 2014, 563, obs. I. Darret-Courgeon ; *ibid.* 795, obs. N. Fricero ; *ibid.* 1466, obs. A. Leborgne ; JCP 2013, 1299, note H. Croze ; JCP N 2013, act. 1065, obs. Cl. Brenner ; Droit et procédures 2013, p. 283, note O. Salati ; RDC 2014, 209, obs. R. Libchaber). Mais la Cour de cassation est allée plus loin, en déclarant le créancier recevable à agir aux fins de condamnation de son débiteur, alors même que la créance constatée dans l'acte notarié est liquide et exigible (cf. *infra* : note suivante).

<sup>6</sup> Civ. 3, 24 mars 2015, n° 14-10077 ; Civ. 2, 18 février 2016, n° 15-13945, n° 15-13991 et n° 15-15778, 3 arrêts, B. II, n° 51 ; D. 2016, 1279, obs. A. Leborgne ; JCP 2016, 584, note N. Cayrol ; *ibid.*, 427, obs. S. Piédelièvre ; RTD civ. 2016, 442, obs. critiques Ph. Théry ; RDC 2016, 456, obs. R. Libchaber ; Civ. 2, 15 janvier 2017, n° 16-10909, AJDI 2017, 133 ; Civ. 1, 1er mars 2017, n° 15-28012, D. 2017, 1388, obs. A. Leborgne ; RD banc. fin. 2017, comm. 125, obs. S. Piédelièvre ; rapp., déjà, antérieurement : Civ. 3, 24 janvier 1990, n° 88-11869, B. III, n° 29 ; RDI 1990, 400, obs. Ph. Delebecque et Ph. Simler.

<sup>7</sup> Perrot, Droit judiciaire privé, t. I, p. 75 ; *adde* : Solus et Perrot, Droit judiciaire privé, t. I, n° 233.

Plus précisément, l'intérêt doit exister au moment où la prétention est formée<sup>1</sup> : peu importe, à cet égard, que des circonstances postérieures à l'introduction de la demande l'aient rendue sans objet<sup>2</sup>. En revanche, l'action reposant sur un intérêt simplement éventuel ou hypothétique du demandeur est irrecevable, de même et inversement, que celle reposant sur un intérêt ayant déjà disparu au moment où la demande est formée<sup>3</sup>.

Motif : cette règle se justifie, là encore, par le souci de ne pas encombrer inutilement les prétoires, en obligeant le juge à examiner une demande, alors que l'intérêt de son auteur se réduit à une simple expectative.

Ex. irrecevabilité de l'action d'un bailleur tendant à voir constater l'acquisition d'une clause résolutoire pour défaut de paiement de loyers, intentée moins de deux mois après la signification d'un commandement de payer infructueux, alors que l'article 24 de la loi du 6 juillet 1989 prévoit qu'une telle clause ne produit effet qu'à l'expiration d'un tel délai<sup>4</sup>.

Ex. Aux termes de l'article 546 du Code de procédure civile, faisant application du principe général énoncé par l'article 31 du même code au sujet du droit d'agir, « *Le droit d'appel appartient à toute partie qui y a intérêt, si elle n'y a pas renoncé* ». A d'ores et déjà intérêt à former appel la partie qui a déjà relevé appel d'un jugement de première instance devant une autre cour d'appel, territorialement incompétente, sans attendre que celle-ci en déduise l'irrecevabilité de ce premier appel et sans avoir à se désister préalablement de ce premier appel irrégulier<sup>5</sup>. En effet, selon l'article 911-1, alinéa 4, du Code de procédure civile, en sa rédaction issue du décret n° 2017-891 du 6 mai 2017, le prononcé de cette irrecevabilité rend irrecevable un nouvel appel. Dès qu'il s'est aperçu de son erreur, l'appelant est donc recevable à réitérer sa déclaration d'appel devant la cour d'appel territorialement compétente, pour éviter l'irrecevabilité résultant de l'article 911-1, alinéa 4. Si on lui opposait l'irrecevabilité de son second appel faute d'intérêt, on enfermerait l'appelant dans un cercle vicieux : irrecevable à relever à nouveau appel tant que son premier appel n'a pas été déclaré irrecevable, il le demeurerait après la déclaration d'irrecevabilité de cet appel, en application de l'article 911-1, alinéa 4 ! Il en résulterait tout simplement un déni de justice.

L'exigence d'un intérêt né et actuel soulève le problème de la recevabilité des actions préventives. On appelle ainsi des actions tendant à obtenir du juge qu'il se prononce immédiatement sur l'existence, la validité ou le contenu d'une situation juridique, indépendamment de tout dommage actuellement réalisé.

Ex. un héritier prétendant qu'une clause renfermée dans un testament est nulle ; le légataire, en prévision d'une contestation future, peut avoir intérêt sans plus attendre à demander au tribunal de se prononcer sur la validité de cette clause.

L'avantage de telles actions est d'obtenir une sécurité juridique immédiate, mais on peut se demander si leur recevabilité ne se heurte pas au principe qui veut que l'intérêt soit né et actuel. Ces actions ressemblent en effet plus à des consultations juridiques qu'à des demandes proprement dites.

#### α) Principe : irrecevabilité des actions préventives

En application de ce principe, sont notamment irrecevables les actions interrogatoires et *a fortiori* les actions provocatoires ou de jactance.

- Actions interrogatoires

Elles ont pour objet spécifique de contraindre une partie disposant d'un délai pour exercer une option à se déclarer immédiatement.

Ex. incapable et ses héritiers disposant d'un délai de cinq ans pour agir en nullité relative d'une convention à laquelle l'incapable est partie. Le cocontractant ne pourra pas les

<sup>1</sup> Civ. 2, 9 novembre 2006, n° 05-13484, B. II, n° 307 ; Civ. 3, 8 décembre 2010, n° 09-70636, B. III, n° 218 ; Civ. 3, 8 avril 2014, n° 13-10581 ; Civ. 3, 23 juin 2016, n° 15-12158, *Procédures* n° 10, octobre 2016, *comm.* 278, note Y. Strickler.

<sup>2</sup> Civ. 2, 13 février 2003, n° 01-03272, B. II, n° 34 ; *Gaz. Pal.* 10-11 octobre 2003, p. 13, obs. E. du Rusquec ; Civ. 3, 12 janvier 2005, n° 03-18256, B. III, n° 1 ; Com. 6 décembre 2005, n° 04-10287, B. IV, n° 245 ; D. 2006, 67, obs. A. Lienhard ; *RTD civ.* 2006, 604, obs. Ph. Théry ; Civ. 2, 9 novembre 2006, préc. ; Civ. 3, 27 janvier 2015, n° 13-27703, *Procédures* 2015, n° 111, obs. Y. Strickler ; Civ. 3, 23 juin 2016, préc. De même, en cas d'appel, l'intérêt s'apprécie à la date où l'appel est formé, peu important que des circonstances postérieures l'aient rendu sans objet : Civ. 2, 6 mai 1998, n° 96-19014, B. II, n° 146 ; Civ. 2, 13 juillet 2006, n° 05-11389, B. II, n° 200 ; *Gaz. Pal.* 1er-2 février 2008, p. 18, note E. du Rusquec ; Com. 13 novembre 2013, *Bull. Joly* 2014, 511, note B. Dondero.

<sup>3</sup> Cf. par ex. Civ. 1, 3 mars 2010, n° 08-13500, B. I, n° 53 ; D. 2010, 1608, note L. Mauger-Vielpeau ; *ibid.* 2011, 1040, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; *ibid.* 2012, 244, obs. N. Fricero ; *AJ fam.* 2010, 187, obs. F. Chénéde ; *RTD civ.* 2010, 305, obs. J. Hauser et 365, obs. B. Vareilles ; *rappr. Civ.* 1<sup>er</sup> sect. civ., 12 juillet 1962, B. I, n° 370 ; Ph. Théry, obs. *RTD civ.* 2006, 605.

<sup>4</sup> Civ. 3, 29 septembre 2004, n° 00-16524 ; *RTD civ.* 2004, 774, obs. R. Perrot.

<sup>5</sup> Civ. 2, 1er octobre 2020, n° 19-11490 (P) ; D. *Actu.* 28 octobre 2020, obs. R. Laffly.

forcer à se déclarer avant l'expiration de ce délai.

- Actions provocatoires ou de jactance

Leur objet spécifique est d'obliger celui qui, par ses « jactances », se vante de pouvoir contester une situation juridique déterminée, à agir immédiatement pour démontrer l'exactitude de ses allégations ou, à défaut, à se taire à jamais. Largement utilisées dans l'Ancien Droit, elles sont aujourd'hui en principe frappées d'irrecevabilité.

Motif : elles contreviennent au principe de la liberté d'agir en justice, qui s'entend aussi de la liberté de ne pas agir.

Remarque : la distinction entre actions interrogatoires et provocatoires est mal assurée, car elles tendent toutes deux à contraindre autrui à faire immédiatement valoir un droit, qu'il en soit ou qu'il s'en prétende titulaire<sup>1</sup>.

β) Atténuation : recevabilité de certaines actions préventives

L'action préventive est recevable, lorsque le législateur l'a expressément prévu. C'est le cas de certaines actions conservatoires ou déclaratoires, plus rarement celui d'actions interrogatoires ou provocatoires. Ces atténuations légales correspondent à des hypothèses où le demandeur a un intérêt à agir, qui, pour être futur, n'en est pas moins certain, et non un intérêt simplement éventuel qui rendrait son action irrecevable.

- Actions conservatoires

Ce sont des actions dans lesquelles le demandeur ne justifie que d'un intérêt futur. Lorsque celui-ci apparaît suffisamment certain, il arrive néanmoins au législateur ou à la jurisprudence de consacrer la recevabilité de la demande.

Ex. référé-sauvegarde de l'article 835, alinéa 1er, du nouveau Code de procédure civile<sup>2</sup>, texte conférant au président du tribunal judiciaire ou au juge des contentieux de la protection dans les limites de sa compétence, le pouvoir de prescrire toutes mesures conservatoires afin de prévenir un dommage imminent.

Ex. mesures d'instruction à futur ou *in futurum*. L'article 145 du Code de procédure civile admet en effet la possibilité de solliciter, sur requête ou en référé, une mesure d'instruction « *s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige.* » La demande est donc recevable, alors que le litige n'est pas né et qu'on ne sait même pas si un litige surviendra, simplement à titre préventif et conservatoire.

Bien que le litige, dont la solution pourrait dépendre de la preuve des faits au sujet desquels la mesure d'instruction est sollicitée, soit, par hypothèse même, éventuel et futur, il n'en doit pas moins être plausible, crédible<sup>3</sup>, pour que le motif du demandeur apparaisse légitime.

- Actions déclaratoires

Dans un certain nombre de cas, le législateur a admis également la recevabilité d'actions déclaratoires, dont l'objet est d'inviter le juge à se prononcer immédiatement, avant tout litige, sur l'existence ou l'étendue d'une situation juridique.

Ex. article 29-3, alinéa 1er, du Code civil reconnaissant à toute personne « *le droit d'agir pour faire décider qu'elle a ou qu'elle n'a pas la qualité de français.* »

- Actions interrogatoires ou provocatoires

<sup>1</sup> Cadiet et Jeuland, *op. cit.*, n° 339.

<sup>2</sup> Ancien article 809, alinéa 1er, du Code de procédure civile.

<sup>3</sup> Civ. 2, 10 décembre 2020, n° 19-22619 (P) ; *Gaz. Pal.* 27 avril 2021, p. 68, obs. L. Mayer.

Ces deux types d'actions, qui se distinguent malaisément<sup>1</sup>, sont aussi admises aussi par certaines dispositions légales<sup>2</sup>. Mais, à dire la vérité, les dispositions légales qui suivent et qui sont citées comme des exemples d'actions interrogatoires ou provocatoires, ne prévoient pas, à proprement parler, des actions en justice. Elles investissent uniquement une personne du droit de contraindre une autre, par une mise en demeure extra-judiciaire, à contester sans attendre une situation, à peine d'être déchue de la faculté de le faire. L'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations a institué plusieurs mécanismes de ce type, venant s'ajouter à ceux que le droit des sociétés connaissait déjà.

Ex. en matière de société, l'article 1844-12, alinéa 1er, du Code civil a institué une « action » provocatoire, afin de permettre à tout intéressé de mettre fin à la situation d'incertitude découlant de l'incapacité ou d'un vice du consentement d'un associé :

*« En cas de nullité d'une société ou d'actes ou délibérations postérieurs à sa constitution, fondée sur un vice de consentement ou l'incapacité d'un associé, et lorsque la régularisation peut intervenir, toute personne, y ayant intérêt, peut mettre en demeure celui qui est susceptible de l'opérer, soit de régulariser, soit d'agir en nullité dans un délai de six mois à peine de forclusion... ».*

Ex. depuis l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, plusieurs « actions » interrogatoires sont ouvertes en matière contractuelle<sup>3</sup> :

- l'article 1123, alinéas 3 et 4, du Code civil<sup>4</sup> prévoit que le tiers informé de l'existence possible d'un pacte de préférence, peut demander par écrit au bénéficiaire de celui-ci de confirmer, dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, l'existence de ce pacte et s'il a l'intention de s'en prévaloir. L'écrit mentionne qu'à défaut de réponse dans ce délai, le bénéficiaire du pacte ne pourra plus solliciter sa substitution au contrat conclu avec le tiers ou la nullité de ce contrat.
- L'article 1158 du Code civil<sup>5</sup> permet au tiers qui doute de l'étendue du pouvoir du représentant conventionnel à l'occasion d'un acte qu'il s'apprête à conclure, de demander par écrit au représenté de lui confirmer, dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, que le représentant est habilité à conclure cet acte. L'écrit mentionne qu'à défaut de réponse dans ce délai, le représentant est réputé habilité à conclure cet acte.
- L'article 1183 du Code civil<sup>6</sup> prévoit qu'une partie peut contraindre celle qui pourrait se prévaloir d'un vice entachant le contrat de nullité relative, à prendre parti, à la condition que le vice ait disparu, en lui demandant par écrit, soit de confirmer le contrat, soit d'agir en nullité dans un délai de six mois, à peine de forclusion. A défaut de respecter ce délai, la demande en nullité sera donc irrecevable.

## b. Intérêt direct et personnel

<sup>1</sup> Cf. *supra*.

<sup>2</sup> Outre les exemples cités au texte, on peut encore citer l'action provocatoire en non-contrefaçon de brevet, prévue par l'article L. 615-9 du Code de la propriété intellectuelle, ainsi rédigé :

*« Toute personne qui justifie d'une exploitation industrielle sur le territoire d'un État membre de la Communauté économique européenne ou de préparatifs effectifs et sérieux à cet effet peut inviter le titulaire d'un brevet à prendre parti sur l'opposabilité de son titre à l'égard de cette exploitation dont la description lui est communiquée.*

*« Si ladite personne conteste la réponse qui lui est faite ou si le titulaire du brevet n'a pas pris parti dans un délai de trois mois, elle peut assigner ce dernier devant le tribunal pour faire juger que le brevet ne fait pas obstacle à l'exploitation en cause, et ce, sans préjudice de l'action en nullité du brevet et d'une action ultérieure en contrefaçon dans le cas où l'exploitation n'est pas réalisée dans les conditions spécifiées dans la description visée à l'alinéa précédent. »*

<sup>3</sup> M. de Fontmichel « Les nouvelles actions interrogatoires », *D.* 2016, 1665 ; H. Croze « Une vision procédurale de la réforme des obligations », *Procédures* avril 2016, étude 3, n° 10-11 ; X. Lagarde « Entre contrat et procédure : les actions interrogatoires », *D.* 2017, 715.

<sup>4</sup> Chantepie et Latina, *Le nouveau droit des obligations (Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil)*, *op. cit.*, n° 258 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, 19ème éd., Lextenso, 2019, n° 83 ; Fages, *Droit des obligations*, n° 58 ; Houtcieff, *op. cit.*, n° 217-1.

<sup>5</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 395 ; Bénabent, *op. cit.*, n° 54 ; Fages, *op. cit.*, n° 90.

<sup>6</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 482-483 ; Bénabent, *op. cit.*, n° 216 ; Fages, *op. cit.*, n° 208.

Cette deuxième condition relative à l'intérêt signifie qu'un particulier n'est recevable à saisir un tribunal que dans la mesure où la violation du droit l'atteint dans ses intérêts propres, de sorte que le résultat de l'action lui profitera personnellement<sup>1</sup>.

La condition résulte implicitement de l'article 31 du Code de procédure civile. *In fine*, en effet, le texte prévoit que, par dérogation au principe selon lequel l'action n'est ouverte qu'à ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention, la loi peut attribuer qualité pour agir en défense « *d'un intérêt déterminé* », celui d'autrui, à certaines personnes. La qualité pour agir emporte alors extension du droit d'agir à ces personnes, qui sont exceptionnellement recevables, en vertu de la loi, à agir pour défendre l'intérêt d'autrui, et non le leur propre. Ainsi, sous réserve de ces cas, l'action n'est-elle ouverte qu'à ceux qui ont un intérêt direct et personnel à agir.

Motifs : la défense de l'intérêt général incombe au ministère public. Quant à la défense de l'intérêt d'autrui, l'adage « *Nul ne plaide par procureur* » s'oppose à ce que l'on engage une action en justice à la place de quelqu'un d'autre<sup>2</sup>.

Ex. l'associé d'une société est irrecevable à agir contre un tiers en réparation d'un préjudice exclusivement social<sup>3</sup>.

Cette condition prend toute son importance, lorsque l'action en justice est exercée par un groupement doté de la personnalité morale et, comme tel, de la capacité à ester en justice.

Nul ne conteste, sans doute, que le groupement soit recevable à agir pour la défense de ses propres intérêts. Mais la question de la recevabilité de son action se pose, lorsqu'il invoque non pas son intérêt personnel, mais les intérêts généraux de la collectivité qu'il est censé incarner.

Ex. syndicat de vignerons intervenant devant les tribunaux à l'encontre d'un vigneron commercialisant du vin frelaté ou violant la législation sur les appellations contrôlées, syndicat de médecin demandant réparation du dommage causé à l'ensemble de la profession médicale à un individu coupable d'avoir exercé illégalement la médecine.

De prime abord, on pourrait être tenté d'accorder libéralement à chaque groupement le droit d'agir en justice en vue d'assurer la défense des intérêts collectifs. Mais un tel libéralisme reviendrait à reconnaître à ce groupement une mission quasi-légale, de veiller au respect de la loi ; d'où l'hostilité jadis de la jurisprudence à de telles actions.

Toutefois l'article 31 du Code de procédure civile réserve l'hypothèse où la loi attribue le droit d'agir « *aux seules personnes qu'elle qualifie [...] pour défendre un intérêt déterminé* ». Le groupement est donc recevable à agir, dès lors qu'une disposition spécifique lui a reconnu qualité pour agir pour la défense d'un intérêt autre que le sien propre<sup>4</sup>. De plus, la jurisprudence actuelle admet de plus en plus libéralement, d'une manière parfois audacieuse, la recevabilité de l'action d'associations pour la défense d'un intérêt collectif, même en dehors de toute habilitation légale<sup>5</sup>.

### c. Intérêt juridique ou légitime<sup>6</sup>

La condition est énoncée par l'article 31 du Code de procédure civile lui-même. Il s'agit probablement d'une séquelle de la célèbre définition du droit subjectif soutenue par Jhering, selon lequel celui-ci est « *un intérêt juridiquement protégé* ».

<sup>1</sup> Pour des applications : Com. 3 février 2015, n° 13-26082 : irrecevabilité d'une demande en réparation d'un préjudice formée par une société distincte de celle ayant subi le préjudice ; Civ. 3, 4 mars 2021, n° 20-11726 (P) : il résulte de l'article 31 du Code de procédure civile que celui qui invoque la violation de son droit au respect de sa vie privée et familiale et de son domicile, garanti par l'article 8 de la Convention E.D.H., doit justifier d'un intérêt personnel à agir, en démontrant qu'il est victime de la violation alléguée.

<sup>2</sup> Civ. 2, 29 novembre 2001, n° 00-10549, B. II, n° 175.

<sup>3</sup> Com. 15 juillet 1992, JCP 1992, I, 3612, n° 11, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain ; Com. 1er avril 1997, Bull. Joly 1997, 650, note J.-F. Barbiéri ; D. 1998, somm. 179, obs. J.-Cl. Hallouin ; Crim. 13 décembre 2000, B. crim., n° 373 ; J.C.P. 2001, I, 338, § 1, n° 1 et suiv., obs. critiques G. Viney ; J.C.P. 2001, I, 346, § 2, n° 5, obs. J.-H. Robert ; Dr. pénal 2001, com. n° 47 ; Crim. 13 décembre 2000, B. crim., n° 378 ; D. 2001, A.J. 926, obs. M. Boizard ; J.C.P. 2001, I, 338, § 1, n° 1 et suiv., obs. critiques G. Viney ; J.C.P. 2001, I, 346, § 2, n° 5, obs. J.-H. Robert ; Dr. pénal 2001, com. n° 47 ; Crim. 4 avril 2001, D. 2002, J. 1475, note E. Scholastique ; Com. 8 février 2011, n° 09-137034, B. IV, n° 19 ; Com. 30 octobre 2012, B. IV, n° 197, rappelant la maxime « *nul ne plaide par procureur* ».

<sup>4</sup> Cf. infra : B. « La qualité pour agir », 2. « La qualité pour agir en défense d'un intérêt autre que l'intérêt personnel », b. « Défense d'un intérêt collectif ».

<sup>5</sup> Ibid.

<sup>6</sup> G. Wicker « La légitimité de l'intérêt à agir », in : *Mélanges en l'honneur d'Yves Serra – Etudes sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux*, Dalloz : 2006, 455 et suiv. ; G. Wiederkehr « La légitimité de l'intérêt à agir », in : *Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Dalloz : 2010, 877 et suiv.

Ex. les Chambres civiles de la Cour de cassation nièrent, pendant longtemps, le droit à réparation de la concubine, victime par ricochet des blessures ou de la mort de son concubin, au motif que ce droit suppose la « *lésion d'un intérêt légitime, juridiquement protégé* »<sup>1</sup>. Mais, plusieurs dizaines d'années plus tard, la Cour de cassation opéra un revirement : « *L'article 1382 du Code civil n'exige pas, en cas de décès, l'existence d'un lien de droit entre le défunt et le demandeur en indemnisation* »<sup>2</sup>.

Cependant cette condition repose sur une confusion entre la recevabilité de la demande et son bien-fondé<sup>3</sup>. En réalité, en effet, sous couvert d'illégitimité de son intérêt à agir, c'est le droit substantiel du demandeur qui est nié, pour des raisons morales, et non son droit d'agir : le juge rejette cette demande, parce qu'il la considère comme dépourvue de fondement et non parce qu'elle serait irrecevable. Ainsi, dans l'exemple de la concubine, on considérerait que son dommage n'ouvrirait pas droit à réparation, parce que l'immoralité de sa situation rendait illégitime ce dommage, lequel, dès lors, n'ouvrirait pas droit à réparation au profit de la victime.

Aux termes de l'article 1235 du projet de réforme de la responsabilité civile du 13 mars 2017 : « *Est réparable tout préjudice certain résultant d'un dommage et consistant en la lésion d'un intérêt licite, patrimonial ou extra-patrimonial.* » Cette disposition semble confirmer que le caractère licite de l'intérêt est une condition de fond du succès de la prétention, et non de recevabilité.

La jurisprudence n'en persiste pas moins à subordonner la recevabilité d'une prétention à la légitimité de l'intérêt de son auteur à agir<sup>4</sup>. Mais, parallèlement, nonobstant l'ambiguïté de l'article 31 du Code de procédure civile, elle distingue nettement la recevabilité de la demande ou du moyen de défense de son bien-fondé, en rappelant constamment que l'intérêt à agir n'est pas subordonné à la démonstration préalable du bien-fondé de l'action<sup>5</sup>. Elle en déduit que l'existence du droit ou du préjudice, invoquée par le demandeur ou le défendeur, n'est pas une condition de recevabilité de son action, mais de son succès<sup>6</sup>.

## B. La qualité pour agir<sup>7</sup>

La qualité s'entend du titre juridique conférant le pouvoir d'agir, le droit de solliciter du juge l'examen de sa prétention. Mais le terme « pouvoir » ne doit pas prêter à confusion. La qualité, condition d'existence de l'action en justice, ne se confond en effet pas avec le pouvoir de représentation, exigé pour exercer une action en justice au nom d'autrui.

Ex. personne physique investie du pouvoir de représenter une personne morale, dont la nature d'entité abstraite lui interdit notamment d'exercer elle-même l'action en justice dont elle est titulaire. Ainsi du pouvoir du syndic pour représenter le syndicat des copropriétaires dans les actions en justice intentées au nom de ce dernier<sup>8</sup>, du pouvoir du gérant d'une SARL

<sup>1</sup> Civ. 27 juillet 1937, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. II, n° 188, obs. F. Terré, Y. Lequette et F. Chénéde ; *D.* P. 1938, 1, 5, note R. Savatier et 1, 321, note G. Marty.

<sup>2</sup> Ch. mixte 27 février 1970, *Dangereux, Les grands arrêts...*, t. II, n° 189, obs. F. Terré, Y. Lequette et F. Chénéde ; *D.* 1970, J. 201, note R. Combaldieu ; *JCP* 1970, II, 16305, concl. R. Lindon, note Parlange.

<sup>3</sup> Chainais et alii, *Procédure civile*, n° 190-191 ; Cadiet et Jeuland, *Droit judiciaire privé*, n° 344-345 ; Couchez et Lagarde, *Procédure civile*, n° 152 ; Douchy-Oudot, *Procédure civile*, n° 140 ; Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, n° 533-534 ; L. Raschel, *Le droit processuel de la responsabilité civile*, thèse Paris 1, préf. L. Cadiet, IRJS, 2010, n° 75-91.

<sup>4</sup> Com. 28 juin 1976, *B.* IV, n° 217 ; Civ. 3, 17 avril 2013, n° 11-10029 et n° 11-10710 (2 arrêts) ; Com. 8 mars 2017, n° 15-19143.

<sup>5</sup> Civ. 3, 27 janvier 1999, n° 97-12970, *B.* III, n° 19 ; Civ. 2, 6 mai 2004, n° 02-16314, *B.* II, n° 205 ; Civ. 2, 13 janvier 2005, n° 03-13531, *B.* II, n° 3 ; Civ. 1, 2 novembre 2005, n° 02-17697, *B.* I, n° 394 ; Civ. 2, 26 octobre 2006, n° 05-15203, *Procédures* 2008, *Comm.* n° 2, obs. R. Perrot ; Civ. 2, 18 octobre 2007, n° 06-19677, *Procédures* 2008, *Comm.* n° 2, obs. R. Perrot ; Civ. 3, 16 avril 2008, n° 07-13846, *B.* III, n° 71 ; Civ. 3, 1er octobre 2008, n° 07-16273, *B.* III, n° 145 ; Civ. 3, 29 septembre 2009, n° 07-21984 ; Civ. 3, 10 juillet 2013, n° 12-19082 ; Com. 2 juin 2015, n° 13-24714, *B.* IV, n° 94 ; Soc. 16 juin 2015, n° 14-17612 ; Com. 6 septembre 2016, n° 14-27082 ; Com. 8 février 2017, n° 15-23513 ; Civ. 2, 26 octobre 2017, n° 16-23696 ; Civ. 3, 11 juillet 2019, n° 18-18184 (P) ; Civ. 1, 27 novembre 2019, n° 18-21532 (P) ; Com. 23 mars 2022, n° 19-16466 (B+R) ; Com. 5 avril 2023, n° 20-20007 (B), *Procédures* n° 6, juin 2023, *comm.* 365, Y. Strickler.

<sup>6</sup> Civ. 3, 27 janvier 1999, préc., Civ. 2, 26 octobre 2006 et Civ. 2, 18 octobre 2007, Civ. 3, 23 juin 2016, n° 15-12158, Civ. 3, 11 juillet 2019, préc. : existence du droit ; Civ. 2, 6 mai 2004, Com. 6 septembre 2016, préc., Com. 23 mars 2022, préc. : existence du préjudice ; *contra* : Cornu et Foyer, *Procédure civile*, n° 78, p. 339 : le défaut d'intérêt peut être « synonyme de défaut de préjudice » ; Strickler et Varnek, *Procédure civile*, n° 175.

<sup>7</sup> F. Kernaleguen « Intérêt, qualité et pouvoir : le ménage à trois de la théorie de l'action ? », in : *Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Dalloz, 2010, 771 et suiv. ; G. Bolard « Qualité ou intérêt pour agir ? », *ibid.*, 597 et suiv. ; Y.-M. Serinet « La qualité du défendeur », *RTD civ.* 2003, 203 et suiv.

<sup>8</sup> Article 18 de la loi du 10 juillet 1965 sur la copropriété des immeubles bâtis. Cf. *infra* : section 2, § 1 « Conditions d'exercice de l'action en justice ».



Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Panthéon-Assas  
Licence droit 3ème année Melun 2023-2024

pour agir<sup>1</sup> et donc ester en justice au nom de celle-ci, du pouvoir du président du conseil d'administration ou du directeur général d'une société anonyme pour agir au nom de celle-ci<sup>2</sup>, y compris en justice.

Aux termes de l'article 31 du Code de procédure civile, rappelons-le :

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

Le texte apporte donc deux exceptions au principe selon lequel l'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention. Tout d'abord, en effet, l'intérêt personnel à agir ne suffit pas, lorsque la loi confère le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention. Ensuite, la loi confère parfois le droit d'agir à des personnes qu'elle qualifie pour défendre un intérêt déterminé, alors que cet intérêt n'est pas le leur, ne leur est pas personnel.

Ces deux exceptions, où la notion de qualité pour agir intervient, concernent donc, l'une, l'hypothèse où le plaideur agit pour la défense de son intérêt personnel, l'autre, celle où il agit pour la défense d'un intérêt qui ne lui est pas personnel.

### 1. La qualité pour agir en défense d'un intérêt personnel

Pour reprendre la terminologie de Gérard Cornu et Jean Foyer<sup>3</sup>, qui ont inspiré de nombreux auteurs<sup>4</sup>, il convient, en effet, de distinguer les actions banales et les actions attitrées ou réservées.

#### a. Actions banales

Selon l'article 31 du Code de procédure civile l'intérêt à agir emporte en principe qualité pour agir<sup>5</sup>. Chaque fois que le demandeur agit en défense de son intérêt personnel, cet intérêt lui confère donc en principe qualité pour agir. Il en va ainsi que le demandeur soit une personne physique ou un groupement, une personne morale. L'intérêt à agir absorbe alors la qualité pour agir, dans les actions dites banales.

#### b. Actions attitrées (ou réservées)

Il existe toutefois des actions attitrées ou réservées, dont l'exercice est réservée par la loi « *aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention* » (article 31 précité). Parmi les personnes ayant intérêt à agir, seules certaines d'entre elles seront spécialement habilitées à cet effet. La notion de qualité pour agir fonde alors une restriction au droit d'agir.

Ex. Seule a qualité pour agir en nullité relative d'un contrat la partie que la loi a entendu protéger par la disposition violée (article 1181, alinéa 1er, du Code civil). Le cocontractant et les tiers sont irrecevables à demander la nullité, quand même ils pourraient y avoir intérêt.

Ex. L'action en divorce est réservée aux époux, à l'exclusion des enfants.

Cette restriction au droit d'agir est fondée sur le fait que certaines personnes uniquement, sont les destinataires d'une règle de droit substantiel et peuvent dès lors en revendiquer l'application<sup>6</sup>. Ainsi la qualité pour agir est-elle liée au droit substantiel<sup>7</sup>.

### 2. La qualité pour agir en défense d'un intérêt autre que l'intérêt personnel

L'article 31 précité ajoute, *in fine* : « *aux seules personnes qu'elle qualifie [...] pour défendre un intérêt déterminé.* » Il arrive effectivement que la loi habilite une personne à agir en justice en défense d'un intérêt qui ne lui est pas personnel. La notion de qualité permet alors une extension du droit d'agir à cette personne.

<sup>1</sup> Article L. 223-18 du Code de commerce.

<sup>2</sup> Article 225-56 du Code de commerce.

<sup>3</sup> Cornu et Foyer, *Procédure civile*, n° 77, 78 et 80.

<sup>4</sup> Chainais et alii, *Procédure civile*, n° 192 et 194-196 ; Cadiet et Jeuland, *Droit judiciaire privé*, n° 349-350 ; Strickler et Varnek, *Procédure civile*, n° 188 ; Douchy-Oudot, *Procédure civile*, n° 141 et suiv. ; Fricero, *Procédure civile*, n° 80.

<sup>5</sup> Mais non l'inverse : Civ. 1, 22 février 1977, B. I, n° 97.

<sup>6</sup> Héron et Le Bars, *Droit judiciaire privé*, n° 65.

<sup>7</sup> *Ibid.*

« L'intérêt déterminé » au sens du texte peut être l'intérêt général, l'intérêt collectif ou l'intérêt d'autrui.

a. Défense de l'intérêt général

En principe, elle incombe au ministère public. Parfois cependant, la loi attribue qualité à agir dans l'intérêt général à une autorité ou une organisation professionnelle en matière économique, voire exceptionnellement à un simple particulier.

α) Qualité pour agir attribuée au ministère public

Le ministère public est habilité à agir dans l'intérêt général par la loi, même en matière civile, bien qu'il ne possède aucun intérêt direct et personnel. Il peut intervenir soit comme partie jointe, soit même comme partie principale.

• Le ministère public partie jointe

Il intervient alors comme un donneur d'avis, un peu à la manière du rapporteur public devant les juridictions administratives : « *Le ministère public est partie jointe lorsqu'il intervient pour faire connaître son avis sur l'application de la loi dans une affaire dont il a communication* » (article 424 du Code de procédure civile).

Il s'agit d'une intervention, et non à proprement parler action en justice. L'intervention suppose un procès déjà engagé entre des parties principales, auquel le ministère public ne fait que se joindre.

Pour que le ministère public puisse intervenir, il faut que l'affaire lui ait été communiquée, à la diligence du juge en charge (article 428 du Code de procédure civile), lequel peut le faire d'office (article 427 du même code).

Dans certaines affaires, cette communication est obligatoire (article 425 du Code de procédure civile).

Ex. litiges en matière de filiation, procédures collectives (même texte).

Dans les autres affaires, elle est facultative : « *le ministère public peut prendre en communication de celles des autres affaires dans lesquelles il estime devoir intervenir* » (article 426 du Code de procédure civile).

• Le ministère public partie principale

Le ministère public est partie principale soit « *dans les cas spécifiés par la loi* » (article 422 du Code de procédure civile), soit, d'une manière plus générale, « *pour la défense de l'ordre public à l'occasion des faits qui portent atteinte à celui-ci* » (article 423 du même Code).

– Tantôt le ministère public a alors seule qualité pour agir

Ex. article 29-3, alinéa 2, du Code civil : « *Il est défendeur nécessaire à toute action déclaratoire de nationalité.* »

– Tantôt son action est concurrente à celle accordée à d'autres catégories de personnes

Ex. rectification ou annulation judiciaire des actes d'État civil (articles 99 du Code civil, 1048 et 1049 du Code de procédure civile) : « *L'action est ouverte à toute personne qui y a intérêt et au ministère public* » (article 1049 précité du Code de procédure civile).

Ex. nullité du mariage (articles 180, 184 et 191 du Code civil), opposition à mariage (articles 175-1 et 175-2 du Code civil) dans les hypothèses où il pourrait en demander la nullité, déclaration d'absence (article 122 du Code civil).

Sauf dans les cas où la loi l'institue partie nécessaire au procès, par exemple pour certaines

nullités de mariage (article 190 du Code civil), le ministère public est libre d'apprécier l'opportunité d'une action, comme il est libre d'apprécier l'opportunité des poursuites en matière pénale.

**β) Qualité pour agir attribuée à des autorités ou à des organisations professionnelles en matière économique**

Afin de lutter contre la déréglementation de l'économie, le législateur attribue, dans un nombre croissant d'hypothèses, qualité pour agir à des autorités ou à des organisations professionnelles.

Ex. qualité du Ministre de l'économie et des finances ou du président de l'autorité de la concurrence, concurremment à toute personne justifiant d'un intérêt ainsi qu'au ministère public, pour agir en réparation du préjudice résultant de pratiques restrictives de concurrence sanctionnées civilement (article L. 442-6, III, du Code de commerce). Pourtant ni l'un ni l'autre ne subit un préjudice, ni n'a d'intérêt direct et personnel à faire valoir.

Ex. article L. 470-7 du Code de commerce : « *Les organisations professionnelles peuvent introduire l'action devant la juridiction civile ou commerciale pour les faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession ou du secteur qu'elles représentent, ou à la loyauté de concurrence.* » La loyauté de la concurrence intéressant l'intérêt général, les organisations professionnelles sont ainsi investies d'une qualité pour agir en défense de cet intérêt.

**γ) Qualité pour agir attribuée à un particulier**

Très exceptionnellement le législateur attribue qualité à un particulier pour agir en défense de l'intérêt général, de la règle de droit en elle-même, impersonnelle et abstraite.

Ainsi tout contribuable est-il recevable à exercer, par substitution à la commune, les actions en justice dont cette dernière est titulaire et qu'elle a refusé ou négligé d'exercer, à la condition d'y avoir été autorisé préalablement par le tribunal administratif (article L. 2132-5 du Code général des collectivités territoriales) :

*« Tout contribuable inscrit au rôle de la commune a le droit d'exercer, tant en demande qu'en défense, à ses frais et risques, avec l'autorisation du tribunal administratif, les actions qu'il croit appartenir à la commune, et que celle-ci, préalablement appelée à en délibérer, a refusé ou négligé d'exercer »<sup>1</sup>.*

Selon le Conseil d'État, l'action du contribuable n'est recevable qu'à la double condition qu'elle présente un intérêt matériel suffisant pour la commune et qu'elle ait une chance de succès, condition qu'il revient au tribunal administratif saisi de la demande d'autorisation d'examiner sous le contrôle du Conseil d'État

Cet intérêt de la commune est exclusif d'un intérêt personnel du contribuable à agir ; si celui-ci possède un tel intérêt, il est uniquement recevable à agir lui-même, sans pouvoir le faire au nom de la commune en application de l'article L. 2132-5 précité<sup>2</sup>.

**b. Défense d'un intérêt collectif**

Le plaideur exerce une action, non dans son intérêt propre, mais dans l'intérêt de la catégorie sociale qu'il prétend représenter. Cet intérêt collectif est irréductible à l'intérêt personnel comme à l'intérêt général. Ce cas de figure concerne presque exclusivement les groupements dotés de la personnalité morale et, comme tels, de la capacité à ester en justice. En effet, les hypothèses où une personne physique pourrait être considérée comme incarnant véritablement un intérêt collectif sont rarissimes.

Ex. l'exercice illégal de la médecine porte non seulement atteinte à l'intérêt général, mais encore atteinte aux intérêts d'un médecin dont le cabinet se situe à proximité de l'activité illicite et à la profession médicale considérée dans son ensemble.

Malgré le principe selon lequel « *Nul ne plaide par procureur* », la qualité des groupements pour agir en défense d'un intérêt collectif qu'ils représentent, à défaut de justifier d'un intérêt personnel, est assez largement reconnue en droit positif.

**α) Action collective des syndicats professionnels**

La jurisprudence a tôt reconnu aux syndicats qualité pour exercer une action en justice pour la

<sup>1</sup> Pour l'application de ce texte à une action portée devant le juge judiciaire, cf. Civ. 3, 16 juin 2016, n° 15-14906, B. III, n° 77.

<sup>2</sup> CE 28 avril 2006, n° 280878, *Rec. Lebon*.

défense de l'intérêt collectif de la profession<sup>1</sup>. La solution a été reprise de manière tout à fait générale par le législateur et figure aujourd'hui à l'article L. 2132-3 du Code du travail :

*« Les syndicats professionnels ont le droit d'agir en justice.  
« Ils peuvent, devant toutes les juridictions, exercer tous les droits réservés à la partie civile concernant les faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent. »*

L'expression « *partie civile* » ne doit pas abuser : l'action est recevable aussi bien devant une juridiction civile que devant une juridiction pénale. La jurisprudence n'en subordonne pas moins la recevabilité de l'action d'un syndicat à deux conditions cumulatives, relatives à l'intérêt allégué par ce syndicat<sup>2</sup> :

- il doit avoir un caractère professionnel
- il doit répondre aux objectifs poursuivis par le syndicat ; serait irrecevable l'action d'un syndicat reposant uniquement sur l'atteinte aux intérêts personnels de ses membres<sup>3</sup> ou sur l'intérêt général. Mais l'action du syndicat est recevable, si l'intérêt collectif coexiste avec l'intérêt personnel des membres ou l'intérêt général.

### β) Action collective des associations

Les associations ont pouvoir pour ester en justice pour la défense d'un intérêt collectif, sur habilitation légale ou même jurisprudentielle.

- Habilitation légale

Elle est conférée à des associations en différents domaines et selon des modalités diverses dont la synthèse apparaît vaine.

Ex. associations régulièrement déclarées de protection des consommateurs (article L. 621-1 du Code de la consommation). Elles peuvent agir aussi bien devant les juridictions civiles que devant les juridictions pénales, elles peuvent aussi intervenir à l'occasion d'une instance civile engagée par un ou plusieurs consommateurs.

Ex. associations de défense de l'environnement (articles L.141-1 et L.142-2 du code de l'environnement), devant les juridictions civiles comme pénales.

- Habilitation jurisprudentielle

Traditionnellement, une association n'était recevable à agir pour la défense d'un intérêt collectif, que si une disposition législative spéciale lui avait attribué qualité à cet effet<sup>4</sup>. La solution s'expliquait par une défiance envers les associations, une crainte d'ingérences abusives, étant donné les objets très divers que les associations peuvent poursuivre, contrairement aux syndicats professionnels.

Mais, en matière civile, la Cour de cassation a récemment renversé le principe, au double visa des articles 31 du Code de procédure civile et 1er de la loi du 1er juillet 1901, que « *même hors habilitation législative, et en l'absence de prévision statutaire expresse quant à l'emprunt des voies judiciaires, une association peut agir en justice au nom d'intérêts collectifs dès lors que ceux-ci entrent dans son objet social* »<sup>5</sup>.

Encore faut-il toutefois que la loi n'ait pas réservé l'action à certaines personnes qu'elle a seules qualifiées pour élever ou combattre une prétention, qu'en d'autres termes l'action ne soit pas attitrée. Si, en effet, tel était le cas et si l'association ne faisait pas partie des personnes qualifiées pour agir, sa demande serait irrecevable, en application de l'article 31

<sup>1</sup> Ch. Réunies 5 avril 1913, *D.P.* 1914, 1, 65, rapp. Falcimaigne, concl. Sarrut ; *S.* 1920, 1, 49, note A. Mestre.

<sup>2</sup> Civ. 1, 14 décembre 2016, n° 15-21597 15-24610, *B.* I, n° 256.

<sup>3</sup> Cf. par ex. Soc. 7 septembre 2017, n° 16-11495.

<sup>4</sup> Ch. Réunies 15 janvier 1923, *S.* 1924, 1, 49.

<sup>5</sup> Civ. 1, 18 septembre 2008, n° 06-22038, *B.* I, n° 201 ; *D.* 2008, 2437, obs. X. Delpech ; *D.* 2009, 401, obs. E. Poillot ; *ibid.* 2448, obs. F.-G. Trébulle ; *JCP* 2008, II, 10200, note N. Dupont ; *ibid.* 2009, I, 123, n° 3, obs Ph. Stoffel-Munck et 142, n° 5, obs. Y.-M. Serinet. Cf. déjà : Civ. 2, 27 mai 2004, n° 02-15700, *B.* II, n° 239, *a contrario*. Dans le même sens, depuis, cf. Civ. 3, 7 novembre 2019, n° 18-17748 ; Civ. 3, 7 novembre 2019, n° 18-17751.

du Code de procédure civile<sup>1</sup>.

Devant les juridictions répressives, l'action civile des associations n'est, en revanche, déclarée recevable qu'à titre exceptionnel à défaut d'habilitation légale, car l'article 2 du Code de procédure pénale subordonne la recevabilité d'une telle action à l'existence d'un « *intérêt personnel et direct* ».

Motif : éviter que les associations ne s'immiscent abusivement dans le rôle dévolu par la loi au parquet.

c. Défense de l'intérêt d'autrui

Cette hypothèse est à distinguer soigneusement de celle de la représentation en justice, où le représentant exerce l'action en justice au nom du représenté. Ce dernier étant donc le titulaire véritable du droit d'agir, les conditions de recevabilité de l'action – intérêt et, le cas échéant, qualité pour agir – s'apprécient en sa personne, et non en celle du représentant.

Certes, on définit traditionnellement la qualité comme un pouvoir d'agir et la représentation également comme un pouvoir d'accomplir des actes au nom d'autrui. Mais ces deux pouvoirs sont d'une nature différente :

- la qualité est une condition d'existence de l'action en justice exercée en son nom propre, par celui qui en est titulaire ;
- le pouvoir de représentation est une condition d'exercice de l'action en justice au nom d'une autre personne, titulaire du droit d'agir.

Le terme « pouvoir » est donc équivoque, car il renvoie à deux réalités distinctes, selon qu'il s'agit du pouvoir attaché à la qualité pour agir ou du pouvoir de représentation.

Malgré le principe selon lequel « *nul ne plaide par procureur* », le législateur a, dans certaines hypothèses, habilité tantôt un groupement, tantôt une personne physique, à défendre l'intérêt d'une autre personne, en lui conférant le droit d'agir au lieu et place de celle-ci. On est donc en présence d'une action par substitution, et non d'une action exercée par représentation.

α) Défense de l'intérêt d'autrui par un groupement

Elle est parfois admise, à l'égard tant des syndicats professionnels que des associations.

- Syndicats professionnels

Le Code du travail organise d'assez nombreuses actions, où un syndicat professionnel se substitue au salarié dans la défense de l'intérêt individuel de celui-ci. Ces actions peuvent avoir pour objet, par exemple, de faire respecter l'égalité professionnelle entre hommes et femmes (article L. 1144-2 du Code du travail), la protection des travailleurs étrangers dépourvus d'autorisation de travail (article L. 8255-1 du même Code), celle des salariés des entreprises de travail temporaire (article L. 1251-59 du même Code), la lutte contre les discriminations (article L. 1134-2 du Code du travail)... Le nombre de ces actions tend à s'accroître.

L'action syndicale vient ainsi au secours de salariés en situation d'infériorité ou de précarité. S'agissant d'une action de substitution, le syndicat n'a pas, en principe, à justifier d'un

<sup>1</sup> Civ. 1, 16 mars 2016, n° 15-10577, B. I, n° 56 ; D. 2016, 707 ; Gaz. Pal. 12 juillet 2016, p. 68, obs. M. Courmont-Jamet ; *RTD civ.* 2016, 334 obs. J. Hauser ; A. Gouttenoire « L'intérêt de l'enfant n'est pas un intérêt collectif », *Dr. famille* 2016, *étude* 11 : dans cet arrêt, ainsi que dans trois autres inédits rendus le même jour (n° 15-10578, n° 10579 et n° 15-10576), la Cour de cassation approuve une cour d'appel d'avoir déclaré irrecevable l'intervention volontaire en cause d'appel d'une association, aux fins de solliciter la confirmation d'un jugement de première instance ayant rejeté une requête en adoption plénière d'un enfant né à l'étranger par procréation médicalement assistée, formée par un couple homosexuel, au motif que l'intérêt collectif dont cette association se prévalait uniquement, n'était pas légitime. Un commentateur y a vu un revirement de jurisprudence par rapport à l'arrêt du 18 septembre 2008 (Courmont-Jamet, obs. préc.). Cependant les arrêts ne semblent pas incompatibles. La solution retenue par les arrêts du 16 mars 2016 semble en effet s'expliquer par le caractère attitré de l'action en contestation de l'adoption, qu'en dehors des personnes justifiant d'un intérêt propre, personnel à intervenir dans la procédure, la loi réserve au ministère public dans l'intérêt de l'enfant (Gouttenoire, *op. cit.*). Aussi bien la motivation des juges du fond, selon laquelle l'intérêt collectif invoqué par l'association n'était pas légitime, n'est-elle pas satisfaisante : l'illégitimité prétendue de l'intérêt n'a servi que de prétexte à réserver l'action au ministère public.

mandat du salarié. Mais, selon le Conseil constitutionnel<sup>1</sup>, le salarié doit être averti par le syndicat qui envisage d'engager l'action et il peut s'opposer à son exercice.

- Associations

Toujours par dérogation au principe selon lequel « *nul ne plaide par procureur* », la loi ou la jurisprudence prévoit parfois la possibilité pour une association d'agir en justice non seulement pour la défense de son propre intérêt, mais encore pour celle des intérêts personnels de ses membres.

- Ainsi un décret du 20 août 2008 a-t-il habilité les associations déclarées depuis au moins cinq ans à exercer les actions en justice nées de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 en faveur de la victime d'une discrimination (article 1263-1 du Code de procédure civile). L'association doit justifier avoir obtenu l'accord écrit de l'intéressé, dûment informé au préalable (*ibid.*).
- Une loi du 18 janvier 1992 a, quant à elle, reconnu qualité aux associations de consommateurs agréés et représentatives au niveau national, pour intenter une action en représentation conjointe des consommateurs (article L. 622-1 à L. 622-4 du Code de la consommation), afin d'obtenir la condamnation d'un professionnel à réparer le préjudice subi individuellement par des consommateurs personnes physiques. Pour être recevable en sa demande, l'association doit avoir reçu mandat initial d'au moins deux personnes et les consommateurs qui en bénéficient doivent avoir donné leur accord.
- Tirant les conséquences de l'échec relatif de l'action en représentation conjointe, la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation a introduit l'action de groupe, inspirée des *class actions* à l'américaine, en droit français de la consommation<sup>2</sup>. Aux termes de l'article L. 623-1 nouveau du Code de la consommation, l'action de groupe a pour objet :

*« d'obtenir la réparation des préjudices individuels subis par des consommateurs placés dans une situation similaire ou identique et ayant pour cause commune un manquement d'un ou des mêmes professionnels à leurs obligations légales ou contractuelles »*

Ce manquement aux obligations légales ou contractuelles du professionnel doit avoir été commis « *A l'occasion de la vente de biens ou de la fourniture de services* » ou les préjudices individuels subis par les consommateurs résulter « *de pratiques anticoncurrentielles* » prohibées par le droit français ou le droit européen de la concurrence.

Un décret n° 2014-1081 du 24 septembre 2014 relatif à l'action de groupe en matière de consommation a complété les dispositions de la loi du 17 mars 2014 (articles R. 623-1 et suiv. du Code de la consommation)<sup>3</sup>.

*De lege ferenda*, l'action de groupe peut prendre deux formes différentes :

- La forme la plus audacieuse est celle de l'action de groupe de type « opt out », qui intègre par défaut toutes les victimes potentielles d'un comportement identifié, à l'exception de celles qui manifestent la volonté de s'exclure du groupe ainsi défini. La *class action* que connaît le droit américain se présente sous cette forme, mais aussi l'action populaire introduite dans le droit portugais. Il s'agit bien sûr de la forme la plus efficace au regard de l'objectif de réparation des préjudices de masse, mais aussi celle qui aurait été la plus innovante au regard du droit positif français. D'une part, en effet, elle aurait supposé une habilitation judiciaire du groupement, au lieu d'être légale comme actuellement. D'autre part, elle aurait passé outre l'exigence d'un mandat pour agir, actuellement requis.

<sup>1</sup> Cons. const. 25 juillet 1989, n° 89-257 DC, *Dr. soc.* 1989, 627.

<sup>2</sup> Cf. par ex. D. Mainguy et M. Depincé « Pour l'introduction de l'action de groupe en droit français », *JCP E* 16 mai 2013, *Act.* 255 ; E. Jeuland « Action de groupe », *JCP* 2014, 436, n° 1 ; M. Faillat-Sblandano « Les actions de groupe *in futurum* », *LPA* 26 mai 2016, n° 105, p. 6. Pour une première application jurisprudentielle : B. Javaux « Action de groupe : les enseignements du jugement rendu le 27 janvier 2016 par le tribunal de grande instance de Paris », *D.* 2016, 1690.

<sup>3</sup> N. Fricero « Aspects procéduraux de l'action de groupe : entre efficacité et complexité », *Droit et patrimoine* janvier 2015, n° 243, p. 36 et suiv. ; K. Haeri et B. Javaux « L'action de groupe : entre incertitudes procédurales et instrumentalisation », *ibid.*, p. 42 et suiv. ; H. Le Borgne « Action de groupe 'à la française', nouvelle gamme et fausse note », *ibid.*, p. 48 et suiv. ; S. Amrani-Mekki « Action de groupe : mode d'emploi », *Procédures* décembre 2014, n° 12 ; N. Molfessis « L'exorbitance de l'action de groupe à la française », *D.* 2014, 947 et suiv. ; E. Claudel « La procédure d'action de groupe explicitée », *RTD com.* 2015, 81 et suiv.

- L'action de groupe de type « opt in » ne concerne à l'inverse que les personnes qui manifestent leur volonté d'être partie à l'action intentée. C'est par exemple sous cette forme que la Suède a introduit l'action de groupe dans son droit interne. Les autorités européennes réfléchissent également à l'introduction d'une action de groupe de ce type. La loi du 17 mars 2014 s'est ralliée à cette forme modérée d'action de groupe (article L. 623-5 du Code de la consommation).

Aux termes de l'article L. 623-1 nouveau du Code de la consommation, l'action de groupe ne peut être exercée que par « *Une association de défense des consommateurs représentative au niveau national et agréée* » :

L'agrément dont ces associations agréées disposent garantit leur indépendance à l'égard de tout intérêt professionnel et permet d'éviter le risque de procédures dilatoires instrumentalisées par un concurrent.

Au-delà du contentieux de la consommation *stricto sensu*, le champ de l'action de groupe inclut également, comme le précise le texte, les préjudices découlant des atteintes au droit de la concurrence, ce qui permettra de couvrir les préjudices nés d'ententes tarifaires (téléphonie mobile, par exemple) à la suite d'une décision de sanction devenue définitive de l'Autorité de la concurrence.

Toujours aux termes de l'article L. 623-2 du Code de la consommation, « *L'action de groupe ne peut porter que sur la réparation des préjudices patrimoniaux résultant des dommages matériels subis par les consommateurs* ».

Les tribunaux judiciaires connaissent des actions de groupe (art. L. 211-9-2 du Code de l'organisation judiciaire). La procédure s'articule normalement en deux phases (article L. 623-4 et suiv. du Code de la consommation) :

- le jugement au fond, qui statue sur la responsabilité du professionnel, détermine les critères à partir desquels les consommateurs seront susceptibles de demander réparation, fixe le montant dès l'indemnisation ou à tout le moins les modalités de calcul de celle-ci, prescrit les mesures adaptées pour informer les consommateurs susceptibles d'appartenir au groupe et détermine la procédure de leur adhésion au groupe ;
- puis la phase d'indemnisation qui permettra aux consommateurs ayant adhéré au groupe, d'obtenir l'indemnisation fixée par le jugement, soit amiablement, soit, en cas de difficulté, selon la décision du juge qui sera saisi pour trancher les difficultés qui apparaîtraient à ce stade.

Cependant, la loi a prévu la réunion de ces deux phases en une seule, dans le cas de la « *procédure d'action de groupe simplifiée* » (article L. 623-14 du Code de la consommation)<sup>1</sup>. Dans cette hypothèse, les consommateurs feront l'économie de la seconde phase, dite d'indemnisation.

- Depuis lors (articles L. 1143-1 et suiv. du Code de la santé publique), une loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 a étendu le domaine de l'action de groupe à la réparation des préjudices corporels individuels subis par les usagers du système de santé, causés par un produit de santé<sup>2</sup>.

Ces produits sont les médicaments, dispositifs médicaux, produits sanguins labiles, cellules, organes, tissus et, d'une manière générale, tous les « *produits à finalité sanitaire destinés à l'homme et des produits à finalité cosmétique* » (article L. 5311-1 du Code de la santé publique), soumis au contrôle de l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé (ANSM).

<sup>1</sup> « *Lorsque l'identité et le nombre des consommateurs lésés sont connus et lorsque ces consommateurs ont subi un préjudice d'un même montant, d'un montant identique par prestation rendue ou d'un montant identique par référence à une période ou à une durée, le juge, après avoir statué sur la responsabilité du professionnel, peut condamner ce dernier à les indemniser directement et individuellement, dans un délai et selon des modalités qu'il fixe.* »

<sup>2</sup> S. Amrani-Mekki « Action de groupe santé. Un nouveau modèle pour de nouveaux préjudices », *JCP* 2016, 146 ; M. Bacache « Les spécificités de l'action de groupe en droit de la santé », *D.* 2016, 64 ; K. Haeri et B. Javaux « L'action de groupe en matière de produits de santé : une procédure complexe à l'efficacité incertaine », *D.* 2016, 330 ; S. Chamouard-El Bakkali « L'action de groupe : un nouveau droit des malades », *RLDC* 2016, n° 135, p. 22 ; L. Nicolas-Vuillierme et S. Pietrini « L'action de groupe en matière de produits de santé : un dispositif voué à l'"asphyxie" ? », *CCC* n° 7, juillet 2016, étude 6.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Panthéon-Assas  
Licence droit 3ème année Melun 2023-2024

Peuvent notamment être poursuivis dans le cadre d'une action de groupe les laboratoires pharmaceutiques, les pharmacies, les grossistes, mais également les établissements de santé et les médecins qui utilisent un produit de santé, tous ces responsables pouvant être condamnés in solidum. Par ailleurs, l'action de groupe peut être intentée directement contre l'assureur du responsable (art. L. 1143-21 du Code de la santé publique), ce qui permet aux victimes de combiner les avantages de l'action directe et de l'action de groupe.

- La loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 a encore étendu le domaine de l'action de groupe, bien au-delà du droit de la consommation. Elle a, en effet, introduit des actions de groupe<sup>1</sup>, qu'elle soumet à des règles communes, hormis celle relevant du Code de la consommation, dans les matières suivantes (articles 60 et 85 de la loi) :
  - actions devant les juridictions administratives<sup>2</sup>,
  - discriminations incriminées par la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008<sup>3</sup>,
  - de discrimination dans les relations relevant du code du travail<sup>4</sup>,
  - environnement<sup>5</sup>,
  - protection des données à caractère personnel<sup>6</sup>.

Les règles communes aux actions de groupe portées devant le juge judiciaire font l'objet des articles 61 et suivants de la loi du 18 novembre 2016. Le décret du 6 mai 2017 relatif à l'action de groupe, pris pour l'application de cette loi, a réglementé en détail la procédure de ces actions de groupe, désormais codifiée aux articles 848 et suivants du Code de procédure civile (livre II, titre I, « *Dispositions particulières au tribunal judiciaire* », sous-titre IV).

D'une manière générale, l'action de groupe relève de la compétence du tribunal judiciaire (article L. 211-9-2 du Code de l'organisation judiciaire) et, sauf dispositions contraires, est introduite et régie selon les règles prévues par le Code de procédure civile (article 61 de la loi).

L'article 62 précise les conditions d'application, fort larges, de l'action de groupe :

*« Lorsque plusieurs personnes placées dans une situation similaire subissent un dommage causé par une même personne, ayant pour cause commune un manquement de même nature à ses obligations légales ou contractuelles, une action de groupe peut être exercée en justice au vu des cas individuels présentés par le demandeur.*

*« Cette action peut être exercée en vue soit de la cessation du manquement mentionné au premier alinéa, soit de l'engagement de la responsabilité de la personne ayant causé le dommage afin d'obtenir la réparation des préjudices subis, soit de ces deux fins. »*

Selon l'article 63 de la loi, ensuite, énumère les titulaires de l'action de groupe :

*« Seules les associations agréées et les associations régulièrement déclarées depuis cinq ans au moins dont l'objet statutaire comporte la défense d'intérêts auxquels il a été porté atteinte peuvent exercer l'action. »*

Aux termes de l'article 64 de la loi, à peine d'irrecevabilité, que le juge peut soulever d'office, l'action de groupe ne peut être introduite avant l'expiration d'un délai de quatre mois suivant la réception d'une lettre de mise en demeure d'avoir à cesser ou faire cesser le manquement ou de réparer les préjudices subis, qu'on imagine être restée infructueuse.

Les articles 65 et suivants précisent les pouvoirs du juge et les modalités de sa décision, selon que l'action tend à la cessation de manquements ou à la responsabilité du défendeur.

Dans le premier cas, le juge enjoint, au besoins sous astreinte, au défendeur de cesser ou faire cesser les manquements constatés (article 65).

Dans le second cas, la procédure se déroule en deux temps.

<sup>1</sup> Articles 60 et suivants de la loi du 18 novembre 2016.

<sup>2</sup> Articles L. 77-10-1 et suivants du Code de justice administrative.

<sup>3</sup> Article 11 de la loi du 27 mai 2008.

<sup>4</sup> Articles L. 1134-6 et suivants du Code du travail.

<sup>5</sup> Article L. 142-3-1 du Code de l'environnement.

<sup>6</sup> Article 43 bis de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.



- Le juge statue, tout d'abord, sur la responsabilité du défendeur ; il définit les groupes à l'égard duquel la responsabilité de celui-ci est engagée, les critères de rattachement au groupe et les préjudices susceptibles d'être réparés pour chacune des catégories de personnes constituant le groupe qu'il a défini (article 66).
- La procédure de réparation des préjudices intervenant à l'issue de ce jugement peut être individuelle ou collective.

Si la procédure de réparation est individuelle, les personnes souhaitant adhérer au groupe adressent une demande de réparation soit à la personne déclarée responsable par ce jugement, soit au demandeur à l'action, qui reçoit ainsi mandat aux fins d'indemnisation (article 69). Le législateur français a donc, là encore, retenu le système de *l'opt in*. Le responsable procède alors à l'indemnisation individuelle des préjudices des personnes subis par les personnes remplissant les critères de rattachement au groupe et ayant adhéré à celui-ci (article 70).

Mais, à la demande du demandeur à l'action, le juge peut décider la mise en œuvre d'une procédure collective de liquidation des préjudices (article 68) :

*« A cette fin, il habilite le demandeur à négocier avec le défendeur l'indemnisation des préjudices subis par chacune des personnes constituant le groupe. Il détermine, dans le même jugement, le montant ou tous les éléments permettant l'évaluation des préjudices susceptibles d'être réparés pour chacune des catégories de personnes constituant le groupe qu'il a défini. Il fixe également les délais et modalités selon lesquels cette négociation et cette réparation doivent intervenir. »*

Les personnes intéressées peuvent ensuite se joindre au groupe en se déclarant auprès du demandeur à l'action, qui est chargé de solliciter auprès du responsable la réparation du dommage (article 72).

- Enfin, d'une manière plus générale, une jurisprudence dite des ligues de défense a quelquefois reconnu le droit aux associations d'agir pour la protection des intérêts individuels de leurs sociétaires, à la condition d'y avoir été habilitées par les statuts<sup>1</sup>. Cette jurisprudence concerne les associations constituées par des personnes qui se regroupent, parce qu'elles défendent un intérêt identique : comité de quartier, d'usagers, etc...

A l'origine, la jurisprudence n'admettait l'action de l'association que si celle-ci rapportait la preuve que chacun de ses membres s'était trouvé individuellement lésé. Mais elle a évolué dans un sens plus libéral, en déclarant la demande de l'association recevable, même si les intérêts de certains de ses sociétaires seulement avaient subi une lésion<sup>2</sup>.

Un arrêt de la troisième Chambre civile de la Cour de cassation<sup>3</sup> a paru néanmoins remettre en cause cette jurisprudence, en subordonnant la recevabilité de l'action d'une association de défense à la preuve d'un préjudice collectif, distinct des dommages personnels de chacun de ses membres. En l'état actuel, le droit positif semble donc incertain.

De toute façon, la jurisprudence « ligues de défense » a perdu une partie de son intérêt, depuis que la Cour de cassation a autorisé les associations à agir en justice au nom d'intérêts collectifs dès lors que ceux-ci entrent dans son objet social, même hors habilitation législative ou disposition statutaire<sup>4</sup>. En effet, il suffit à l'association qui agit en justice d'invoquer la défense d'un intérêt collectif, sans avoir besoin de prétendre agir dans l'intérêt individuel de ses sociétaires. Aussi n'existe-t-il guère d'arrêts de la Cour de cassation illustrant la jurisprudence « ligues de défense » rendus ces dernières années.

### β) Défense de l'intérêt d'autrui par une personne physique

Deux hypothèses où la loi confère qualité à une personne physique pour agir en défense de l'intérêt d'autrui méritent d'être évoquées : l'action oblique et l'action sociale *ut singuli*.

- L'action oblique

<sup>1</sup> Héron et Le Bars, *op. cit.*, n° 98 ; Douchy-Oudot, *op. cit.*, n° 148 ; Strickler et Varnek, *op. cit.*, n° 195 ; Cadiet et Jeuland, *op. cit.*, n° 371 ; Chainais et alii, *op. cit.*, n° 219-220 ; S. Guinchard « Les moralistes au prétoire », in : *Leges tulit, jura docuit écrits en hommage à Jean Foyer*, PUF, 1997, 447. Civ. 23 juillet 1918, *D.P.* 1918, 1, 52 ; S. 1921, 1, 289, note E. Chavegrin ; Poitiers 28 décembre 1925, *S.* 1926, 2, 65, note P. Esmein et, sur pourvoi : Civ. 25 novembre 1929, *S.* 1932, 1, 28 ; *RTD civ.* 1934, 311 ; pour des applications plus récentes : Civ. 1, 27 mai 1975, *B. I.*, n° 174 ; *RTD civ.* 1976, 147, obs. G. Durry ; Civ. 1, 14 mai 1992, n° 90-14047, *JCP* 1992, I, 3625, n° 33, obs. critiques G. Viney ; *RTD civ.* 1992, 772, obs. P. Jourdain ; Civ. 1, 14 novembre 2000, n° 99-10778, *B. I.*, n° 289 ; *Gaz. Pal.* 14-16 avril 2002, p. 13, obs. E. du Rusquec.

<sup>2</sup> Civ. 3, 10 mars 1999, *B. III*, n° 61 ; *adde* : Com. 19 janvier 1999, *B. IV*, n° 16, mais *a contrario*, ce qui donne à l'arrêt une portée douteuse.

<sup>3</sup> Civ. 3, 4 novembre 2004, n° 03-11377, *B. III*, n° 193 ; *Procédures* 2005, *comm.* n° 1, obs. R. Perrot

<sup>4</sup> Civ. 1, 18 septembre 2008, préc.

L'article 1341-1 du Code civil précise les conditions d'exercice de l'action oblique, en s'inspirant de la jurisprudence qui s'était développée à partir de l'ancien article 1166 du Code civil, dans sa version de 1804, qu'il remplace<sup>1</sup> :

*« Lorsque la carence du débiteur dans l'exercice de ses droits et actions à caractère patrimonial compromet les droits de son créancier, celui-ci peut les exercer pour le compte de son débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement rattachés à sa personne. »*

La nature exacte de la faculté reconnue au créancier par l'ancien article 1166 a été discutée par la doctrine<sup>2</sup>. Pour certains auteurs<sup>3</sup>, le créancier ne serait qu'un représentant de son débiteur : l'action oblique ne lui appartiendrait pas en propre. Mais pour d'autres, le droit d'agir appartiendrait au créancier<sup>4</sup>, quand bien même il vise à obtenir la reconnaissance d'un droit substantiel appartenant à son débiteur. Le créancier agirait en effet avant tout dans son intérêt, parce qu'il cherche à conjurer la menace d'insolvabilité qui pèse sur son débiteur, susceptible de compromettre son droit de gage général sur le patrimoine de ce dernier. Il se substituerait ainsi au débiteur dans l'exercice des droits appartenant à ce dernier<sup>5</sup>. Au point de vue de la procédure civile, l'action oblique ne serait donc pas une hypothèse particulière d'exercice, par un particulier, de l'action d'autrui<sup>6</sup>.

Cette controverse n'est pas simplement théorique. Si, en effet, le créancier agit par représentation, toutes les conditions de recevabilité de sa demande, y compris l'intérêt à agir, doivent s'apprécier en la personne du débiteur. Si, au contraire, le créancier agit par substitution, elles doivent s'apprécier en sa personne. Sans doute, le plus souvent, l'intérêt à agir du créancier et celui du débiteur coïncideront-ils. Mais, dans l'hypothèse où ils divergeraient, selon la nature juridique qu'on attribue à l'action oblique, la demande sera, ou non, recevable.

L'article 1341-1 issu de l'ordonnance du 10 février 2016 ne résout pas explicitement la controverse<sup>7</sup>. Il se borne, en effet, à énoncer que le créancier agit « *pour le compte du débiteur* ». Toutefois, si le législateur avait voulu faire du créancier un simple représentant de son débiteur, il aurait indiqué que le créancier agit « *au nom* » de ce dernier, et non pas simplement pour son compte<sup>8</sup>. En outre, confirmant la jurisprudence antérieure<sup>9</sup>, laquelle avait pallié l'imprécision de l'ancien article 1166 du Code civil, l'article 1341-1 actuel du Code civil précise que le débiteur doit, par sa carence à exercer ses propres droits et actions, compromettre les droits du créancier, pour que ce dernier soit recevable à agir par l'action

<sup>1</sup> L'ancien article 1166 du Code civil disposait : « *les créanciers peuvent exercer tous les droits et actions de leur débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à sa personne.* »

<sup>2</sup> Cadiet et Jeuland, *op. cit.*, n° 379 et les réf. ; Héron et Le Bars, *Droit judiciaire privé*, n° 93 ; Ph. Théry, obs. *RTD civ.* 2008, 714 et suiv.

<sup>3</sup> F. Laurent, *Principes de droit civil français*, t. XVI, Bruylant-Christophe et Durand Pedone & Lauriel, 1875, n° 385 ; Carbonnier, *Droit civil*, t. II, *Les obligations*, n° 1282 ; G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil – Les obligations*, 2ème éd., t. II, avec la coll. de Ph. Jestaz, Sirey, 1989, n° 148 ; J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Les obligations*, t. 3, *Le rapport d'obligation*, 9ème éd., Sirey, 2015, n° 77 et n° 82 ; Chantepie et Latina, *Le nouveau droit des obligations – Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *op. cit.*, n° 921 ; rapp. Bénabent, *Droit des obligations*, n° 804 ; *adde* : B. Starck, *Droit civil – Obligations*, Litec, 1972, n° 2571.

<sup>4</sup> Solus et Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. I, n° 270 ; P. Hébraud, *RTD civ.* 1951, 544 et suiv. ; Théry, obs. préc.

<sup>5</sup> Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, 2ème éd., t. VII, par R. Radouant, LGDJ, 1954, n° 895 ; E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, 1937, réimpr. Sirey, 1965, p. 401 et p. 404-405 ; Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *Les obligations*, n° 1558 ; Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, 10ème éd., Lextenso Éditions, 2018, n° 1152 ; Cadiet et Jeuland, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>6</sup> Chainais et alii, *Procédure civile*, n° 194 d).

<sup>7</sup> Au contraire, l'analyse selon laquelle le créancier agissant par la voie oblique n'est qu'un représentant de son débiteur pouvait se recommander d'un argument de texte sous l'empire des textes de 1804. Alors, en effet, que l'ancien article 1167 du Code civil – devenu l'article 1341-2 du même code – précisait que les créanciers exercent l'action paulienne « *en leur nom personnel* », l'ancien article 1166 du Code civil se limitait à autoriser les créanciers agissant par la voie oblique à « *exercer les droits et actions de leur débiteur.* » *A contrario*, le créancier exercerait donc l'action oblique au nom du débiteur, c'est-à-dire comme représentant de ce dernier. Mais si, aujourd'hui, l'article 1341-2 continue d'énoncer que le créancier exerce l'action paulienne « *en son nom personnel* », l'article 1341-1, quant à lui, prévoit que le créancier exerce l'action oblique « *pour le compte de son débiteur* », formule délibérément ambiguë qui pourrait s'accommoder d'un pouvoir de substitution reconnu au créancier.

<sup>8</sup> Deshayes, Genicon et Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (commentaire article par article)*, art. 1341-1 ; Andreu et Thomassin, *Cours de droit des obligations*, n° 1897.

<sup>9</sup> Com. 7 mars 1956, *B. III*, n° 105 ; *JCP* 1956, II, 9374 ; *RTD civ.* 1956, 457, obs. P. Hébraud ; Civ. 3, 7 mars 1968, n° 64-13677, *B. III*, n° 87 ; Civ. 1, 17 mai 1982, *B. I*, n° 176 ; Civ. 1, 14 juin 1984, *B. I*, n° 197.

oblique. Enfin et surtout, la jurisprudence<sup>1</sup> tend à apprécier l'intérêt à agir en la personne du créancier agissant par la voie oblique, solution incompatible avec l'idée selon laquelle ce créancier serait légalement investi d'un simple pouvoir de représentation de son débiteur.

Mais ces considérations sont insuffisantes pour affirmer que le créancier ne fait que se substituer au débiteur défaillant. De fait, pour une dernière catégorie d'auteurs<sup>2</sup>, l'action oblique ne conférerait ni un pouvoir de substitution, ni un pouvoir de représentation au créancier. Sans doute, observent-ils, ce dernier agit-il aussi dans son intérêt personnel, pour accroître l'étendue de son droit de gage général sur le patrimoine de son débiteur<sup>3</sup>. Mais il n'en agit pas moins directement dans l'intérêt du débiteur et indirectement, par ricochet, dans son propre intérêt et celui des autres créanciers. On serait donc bien en présence d'une hypothèse exceptionnelle, où le législateur a artificiellement reconnu qualité pour agir en son propre à une personne, le créancier, pour la défense de l'intérêt d'autrui, le débiteur.

- L'action sociale *ut singuli*

Elle est attribuée par le Code de commerce aux associés de sociétés civiles (article 1843-5 du Code civil), de sociétés à responsabilité limitée (article L. 223-22 du Code de commerce) et de sociétés anonymes (article L. 225-252 du Code de commerce).

L'action sociale *ut singuli* permet d'exiger la réparation du préjudice social, aux lieu et place de la société, à l'encontre d'un dirigeant ou d'un ancien dirigeant de celle-ci. La demande est, en revanche, irrecevable si elle est dirigée contre des tiers qui ne sont pas investis de cette qualité<sup>4</sup>.

L'intérêt à agir s'apprécie dans la personne de la société et la qualité d'actionnaire ou d'associé dans la personne du demandeur, de même que celle de dirigeant ou d'ancien dirigeant dans la personne du défendeur.

## § 2 Conditions objectives d'existence de l'action en justice

L'article 122 du Code de procédure civile atteste de l'existence de ces conditions objectives d'existence de l'action. En effet, à côté du défaut d'intérêt et du défaut de qualité – fin de non-recevoir sanctionnant l'une et l'autre le défaut d'une condition subjective d'existence de l'action – il cite encore, comme fins de non-recevoir, « *la prescription, le délai préfix, la chose jugée* ». Cependant la liste des fins de non-recevoir donnée par l'article 122 ne doit pas être regardée comme limitative<sup>5</sup>.

Le caractère disparate de la catégorie des fins de non-recevoir rend, il est vrai, périlleuse les tentatives de classification des conditions objectives d'existence de l'action. Les auteurs du précis Dalloz s'y sont néanmoins essayés<sup>6</sup>, en proposant d'ajouter, aux conditions objectives qu'on peut qualifier de temporelle et substantielle, énoncées par le texte, une condition de cohérence et une condition relative aux pouvoirs de la juridiction saisie. Quelque peu impressionniste, cette classification sera reprise, à défaut, pour l'auteur de ces lignes, d'être capable d'une synthèse plus convaincante. On traitera donc successivement des conditions objectives d'existence de l'action en justice suivantes :

- Condition temporelle, relative aux délais pour agir<sup>7</sup>
- Condition substantielle, relative à l'objet de l'action<sup>8</sup>
- Condition relative à la cohérence de l'action
- Condition relative aux pouvoirs de la juridiction saisie

<sup>1</sup> Civ. 1, 11 juillet 1951, B. I, n° 217 ; D. 1951, J. 456 ; RTD civ. 1951, 544, obs. P. Hébraud ; Civ. 1, 9 décembre 1970, B. I, n° 325 ; JCP 1971, II, 16920, note M..D.P.S. ; RTD civ. 1971, 629, obs. Y. Loussouarn ; Soc. 17 octobre 2000, n° 98-42654.

<sup>2</sup> Héron et Le Bars, *op. cit.*, *loc. cit.* ; Couchez et Lagarde, *Procédure civile*, n° 157.

<sup>3</sup> Demogue, *op. cit.*, t. VII, *loc. cit.*

<sup>4</sup> Com. 19 mars 2013, n° 12-14213, B. IV, n° 42 ; BICC 15 juillet 2013, n° 1068 ; D. 2013, 833 ; Bull. Joly 2013, n° 159, note J.-F. Barbiéri, pour l'action ouverte par l'article L. 225-252 du Code de commerce aux associés d'une société anonyme.

<sup>5</sup> Cf. *infra* : « L'exercice de l'action en justice », « Les moyens de défense ».

<sup>6</sup> Chainais et alii, *Procédure civile*, n° 228 et suiv.

<sup>7</sup> H. Motulsky, note ss. Civ. 2, 6 juin 1962, JCP 1963, II, 13191, reproduite in : *Écrits*, t. I, *Études et notes de procédure civile*, p. 354 et suiv., II.

<sup>8</sup> *Ibid.*

## A. Condition relative aux délais pour agir

L'article 122 cite, parmi les fins de non-recevoir, « *la prescription, le délai préfix...* ». L'action intentée postérieurement à l'expiration du délai dans lequel elle est enfermée, est donc irrecevable<sup>1</sup>.

**Remarque** : importance pratique considérable de la matière, dans la mesure où il est fréquent qu'une action ne puisse plus être intentée, parce que le délai à l'intérieur duquel le plaideur aurait dû l'engager est expiré<sup>2</sup>. En effet, les délais d'extinction d'une action sont divers et la tendance du droit actuel est, d'une manière générale, à leur raccourcissement. L'engagement tardif d'une action est une faute professionnelle engageant la responsabilité civile de l'avocat envers son client, s'il en résulte toutefois un préjudice pour le client.

Ce préjudice s'analysant en une perte de chance de gagner son procès, il faut que la prétention irrecevable pour cause d'accomplissement d'un délai de prescription ou d'un délai préfix ait présenté de sérieuses chances de succès au fond<sup>3</sup>. Il reste que l'hypothèse est loin d'être simplement d'école<sup>4</sup>.

Il convient de préciser le domaine de cette condition temporelle, relative aux délais pour agir, avant de traiter des différents délais pour agir.

### 1. Domaine de la condition relative aux délais pour agir

Cette condition temporelle est commune à toutes les actions en justice, sauf une : l'action en revendication, imprescriptible comme l'est le droit de propriété lui-même (article 2227 du Code civil *in limine*), que, du reste, la chose revendiquée soit mobilière ou immobilière. Bien que l'article 2227 ne déclare expressément imprescriptible que le droit de propriété lui-même, l'imprescriptibilité s'étend, à peine de n'être qu'un vain mot, à l'action qui le sanctionne<sup>5</sup>. Toutefois l'action en revendication est indirectement soumise à la prescription extinctive, lorsqu'une action tendant à la nullité ou la résolution d'une aliénation en est le préalable<sup>6</sup>. La demande en revendication est en effet irrecevable, lorsque l'action en nullité ou en résolution est elle-même prescrite<sup>7</sup>. La prescription de cette action paralyse donc la revendication.

Les autres actions sont enfermées dans un délai à l'expiration duquel la demande est irrecevable. Mais ce délai est loin d'être toujours le même, ce qui ne facilite pas la tâche des praticiens.

### 2. Les différents délais pour agir

Comme l'article 122 le suggère lui-même, le droit français connaît, plus précisément, deux types de délais dans lesquels l'existence d'une action est enfermée : les délais de prescription et les délais préfix. On les examinera distinctement, car leur régime juridique diffère sensiblement.

#### a. Délais de prescription<sup>8</sup>

Depuis la réforme de la prescription par la loi du 17 juin 2008<sup>9</sup>, le Code civil traite, en son livre III,

<sup>1</sup> Civ. 1, 2 octobre 2007, n° 05-17691, B. I, n° 316 : « *la prescription n'est pas une exception de procédure mais une fin de non-recevoir et peut par conséquent être proposée en tout état de cause en application de l'article 123 du nouveau code de procédure civile* ».

<sup>2</sup> Si l'examen consiste en un cas pratique, la mention de dates dans l'énoncé doit impérativement inciter à vérifier que le délai pour intenter une action n'est pas expiré.

<sup>3</sup> Sur cette condition, d'une manière générale : Civ. 1, 2 avril 2009, B. I, n° 72 ; D. 2009, A.J. 1142

<sup>4</sup> Cf. *infra* : explications plus détaillées à propos de la responsabilité de l'auxiliaire de justice à l'origine d'un acte de procédure entaché de nullité.

<sup>5</sup> Civ. 1, 6 juin 2018, n° 17-16091, B. I, n° 100 : action en revendication d'un meuble ; Civ. 1, 25 mai 2022, n° 21-10250 (B) : *idem* ; Civ. 3, 10 septembre 2020, n° 19-13130 : action en revendication d'un immeuble (expulsion d'un occupant sans droit ni titre). La jurisprudence antérieure à la loi du 17 juin 2008 réformant la prescription avait déjà consacré cette solution : Req. 12 juillet 1905, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. I, n° 68, obs. F. Terré et Y. Lequette ; D.P. 1907, 1, 141, note Potier ; S. 1907, 1, 273, note A. Wahl ; Civ. 3, 5 juin 2002, B. III, n° 129 ; D. 2003, J. 1461, note G. Pillet ; D. 2003, *somm.* 2044, obs. N. Reboul-Maupin ; J.C.P. 2002, II, 10190, note E. du Rusquec ; JCP 2003, I, 117, § 1, n° 1, obs. H. Périnet-Marquet ; en matière mobilière : Civ. 2, 2 juin 1993, B. II, n° 197 ; D. 1994, J. 582, note B. Fauvarque-Cosson.

<sup>6</sup> Terré et Lequette, obs. préc., *in fine*.

<sup>7</sup> Req. 5 mai 1879, D.P. 80, 1, 145, note Ch. Beudant ; S. 79, 1, 313, obs. cons. Almeiras-Latour : action en nullité absolue prescrite ; Civ. 3, 2 mars 2022, n° 20-23602 (B), RDC 2022/2, p. 136, obs. F. Danos : action en résolution d'une vente prescrite.

<sup>8</sup> M. Bandrac, *La nature juridique de la prescription extinctive*, préf. P. Raynaud, Economica, 1986 ; P. Jourdain et P. Wery (ss. la dir. de), *La prescription extinctive. Etudes de droit comparé*, Bruyant-LGDJ, 2010 ; J. Carbonnier « Notes sur la prescription extinctive », *RTD civ.* 1952, 171 ; V. Lassere-Kiesow « La prescription, les lois et la faux du temps », *JCP N* 2004, 1225.

<sup>9</sup> B. Fauvarque-Cosson et *alii*, D. 2008, dossier 2511 ; C. Brenner et H. Lécuyer, *JCP E* 2009, 1169 et 1197 ; Ph. Malaurie, *JCP* 2009, I, 134 ; A.-M. Leroyer, *RTD* 2008, 563 ; S. Amrani-Mekki, *JCP* 2008, I, 160 ; M. Bandrac et *alii*, *RDC* 2008, 1413 ; M.

distinctement et successivement « *de la prescription extinctive* » (titre XX) et « *de la possession et de la prescription acquisitive* » (titre XXI), alors que jadis ces deux institutions différentes étaient traitées dans un même titre<sup>1</sup>. On examinera successivement la nature de la prescription extinctive, son régime et enfin son caractère.

#### α) Nature de la prescription extinctive

Une question doctrinale controversée est de savoir si la prescription extinctive éteint le droit lui-même – conception substantialiste de la prescription<sup>2</sup> – ou seulement l'action en justice en laissant subsister le droit – conception processualiste de la prescription<sup>3</sup>. Ni la loi ni la jurisprudence n'ont clairement tranché entre ces deux conceptions.

La jurisprudence consacrait traditionnellement, il est vrai, la thèse substantialiste<sup>4</sup>. Cependant, dans une décision précédant immédiatement l'entrée en vigueur de la loi du 17 juin 2008, la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation s'était ralliée à l'approche processualiste<sup>5</sup>.

Aujourd'hui, l'article 2219 nouveau du Code civil pourrait sembler, de prime abord, épouser la thèse substantialiste<sup>6</sup>. En effet, il définit la prescription extinctive comme « *un mode d'extinction d'un droit résultant de l'inaction de son titulaire pendant un certain laps de temps* ».

Toutefois cette interprétation du texte est contestée. D'une part, en effet, selon certains, le droit visé par l'article 2219 serait le droit d'agir en justice, et non le droit substantiel. D'autre part, d'autres textes du Code civil<sup>7</sup> envisagent la prescription des « *actions* ». Le législateur se serait donc, en définitive, abstenu de trancher la controverse doctrinale entre les partisans des deux conceptions, ce que les travaux préparatoires de la loi du 17 juin 2008 semblent confirmer<sup>8</sup>.

Les partisans de la conception substantialiste de la prescription extinctive tiennent un raisonnement par l'absurde<sup>9</sup>. Ils font en effet valoir que, si seule l'action en justice était éteinte, comme le veut la conception processualiste, les obligations qui ne requièrent pas une action en justice pour être payées, soit parce que le créancier a déjà un titre exécutoire, par exemple un acte notarié, soit parce qu'il a déjà exercé son action et qu'il détient un jugement non encore exécuté, seraient imprescriptibles<sup>10</sup>.

Mais la conception substantialiste de la prescription extinctive soulève de sérieuses objections<sup>11</sup>. D'une part, en effet, l'extinction ne se produit pas de plein droit : l'article 2247 du Code civil, dont l'origine remonte à 1804, prévoit qu'elle doit être invoquée<sup>12</sup>. Or, si le droit lui-même était éteint, l'effet extinctif devrait se produire automatiquement. D'autre part, le débiteur peut renoncer à la prescription acquise, selon l'article 2250 du Code civil<sup>13</sup>. La solution suppose implicitement que son obligation a subsisté. Enfin, et surtout, il résulte de l'article 2249 du Code civil que le paiement d'une dette prescrite n'est pas un paiement indu. Le droit de créance a donc survécu à l'extinction de l'action. Ainsi la conception processualiste de la prescription extinctive paraît-elle s'harmoniser davantage avec les solutions du droit positif, alors même que le législateur, on l'a vu, n'a pas entendu prendre parti sur la nature de cette prescription avec la loi

Mignot et *alii*, colloque Strasbourg 7 novembre 2008, *LPA* n° spécial, 2 avril 2009 ; F.-X. Licari et *alii*, colloque Metz 7 mai 2009, *RLDC* oct. 2009, 83.

<sup>1</sup> Cf., défendant une conception unitaire de la prescription, que la réforme de 2008 a implicitement condamnée : S. Fournier, *Essai sur la notion de prescription en matière civile*, thèse Grenoble, 1992 ; F. Zénati et S. Fournier « Essai d'une théorie générale de la prescription », *RTD civ.* 1996, 339.

<sup>2</sup> Marty, Raynaud et Jestaz, *Les obligations*, t. 2, n° 341 ; Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, n° 1200 ; Flour, Aubert et Savaux, *Le rapport d'obligation*, n° 504 ; Bandrac, *op. cit.*, n° 44 et suiv. J. Huet et Th. Lamarche « Extinction du droit de créance ou prescription de l'action : *what a question !* », *JCP* 2012, 1529.

<sup>3</sup> Mazeaud et Chabas, *Obligations*, n° 1187 ; C. Grimaldi « La durée des droits : péremption ou prescription ? », *D.* 2012, *Chr.* 514.

<sup>4</sup> Civ. 1, 5 mars 1957, *B. I.*, n° 117 ; *D.* 1957, *J.* 331 ; *RTD civ.* 1957, 720, obs. P. Hébraud ; Civ. 1, 13 mai 1983, *B. I.*, n° 137.

<sup>5</sup> Civ. 2, 9 juillet 2009, *B. II.*, n° 194 ; *JCP* 2009, 228, n° 10, obs. G. Loiseau ; rapp. Civ. 3, 25 avril 2007, *B. III.*, n° 61 ; *CCC* 2007, *comm.* 197, obs. L. Leveneur.

<sup>6</sup> Bénabent, *Droit des obligations*, n° 836.

<sup>7</sup> Articles 2224 à 2227, 2235 et 2254.

<sup>8</sup> Blessig, rapp. *A.N.*, n° 847, p. 31 ; Amrani-Mekki, *op. cit.*, n° 24 et suiv. ; C. Brenner « De quelques aspects procéduraux de la réforme de la prescription extinctive », *RDC* 2008, 1422.

<sup>9</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *Les obligations*, n° 1796.

<sup>10</sup> Sur la soumission de la créance constatée dans un acte authentique aux règles de prescription qui la gouverne d'après sa nature, cf. Ch. mixte 26 mai 2006, n° 03-16800, *B. mixte*, n° 3.

<sup>11</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>12</sup> Cf. *infra* : β.

<sup>13</sup> Cf. *infra* : β.

du 17 juin 2008.

### β) Régime de la prescription extinctive

Ce régime concerne la durée des délais, d'une part, leur point de départ, d'autre part, leur suspension et leur interruption, enfin.

#### • Durée des délais de prescription extinctive

La loi du 17 juin 2008 a ramené le délai de droit commun de la prescription extinctive de trente ans (article 2262 ancien du Code civil) à cinq ans (article 2224 du Code civil), étant précisé que ce nouveau délai ne court qu' « à compter du jour où le titulaire du droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer ».

Motifs : rapprochement avec les autres droits européens, notamment allemand, anglais et suisse, impératifs de rapidité, obsolescence rapide des supports informatiques...

Mais le législateur n'a pas pour autant unifié les délais de prescription extinctive. Certaines actions demeurent, en effet, soumises à un délai de prescription plus long. D'autres actions, en revanche, sont enfermées dans des délais de prescription plus courts. Depuis la loi du 17 juin 2008, le législateur en a d'ailleurs accru le nombre, de manière fort peu cohérente (la liste qui suit n'a pas la prétention d'être exhaustive) :

#### – Allongement légal du délai de prescription extinctive de droit commun

- Les actions réelles immobilières continuent de se prescrire par trente ans (article 2227 du Code civil)<sup>1</sup>, témoignage de la survivance de la supériorité des immeubles sur les meubles – hormis l'action en revendication qui est imprescriptible (même texte, *in limine*)<sup>2</sup>.
- L'action en responsabilité née à raison d'un événement ayant entraîné un dommage corporel est soumise à une prescription décennale (article 2226, alinéa 1er, du Code civil), y compris à l'égard de la victime par ricochet<sup>3</sup>.
- L'exécution des décisions de justice, ainsi que des transactions et sentences arbitrales auxquelles le juge a donné force exécutoire et des procès-verbaux de conciliation signés par le juge et les parties peut être poursuivie pendant dix ans (articles L. 111-3, 1° à 3°, et L. 111-4 du Code des procédures civiles d'exécution)<sup>4</sup>.

#### – Abrègement légal du délai de prescription extinctive de droit commun

- L'action en garantie des vices cachés de l'acquéreur contre le vendeur est enfermée dans un délai de deux ans à compter de la découverte du vice (article 1648, alinéa 1er, du Code civil). La nature de ce délai était, il est vrai, jusqu'à une date récente, controversée : certains auteurs y voyaient un délai préfix<sup>5</sup>, d'autres un délai de prescription<sup>6</sup>. La jurisprudence, elle se montrait hésitante<sup>7</sup>. Mais, par trois arrêts en date du 21 juillet 2023, une Chambre mixte de la Cour de cassation s'est prononcée en faveur de la qualification de délai de prescription<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> Civ. 3, 6 avril 2022, n° 21-13891 (B) : action tendant à voir ordonner la démolition d'une construction édifiée en violation d'une charge réelle grevant un lot au profit des autres lots dans un lotissement.

<sup>2</sup> Cf. *supra*.

<sup>3</sup> Arg. article 2226, alinéa 1er : « victime direct ou indirecte » ; Civ. 2, 3 novembre 2011, D. 2012, Chr. C. cass. 644, obs. Adida-Canac et Bouvier.

<sup>4</sup> Lorsque le jugement porte condamnation au paiement d'une somme d'argent payable à termes périodiques, le recouvrement des arriérés échus postérieurement au jugement est toutefois soustrait, selon la Cour de cassation, à l'application de la prescription décennale pour être soumis à la prescription quinquennale de droit commun de cinq années de l'article 2224 du Code civil. Le créancier ne peut donc obtenir le paiement des arriérés postérieurs au jugement, mais échus depuis plus de cinq ans avant leur recouvrement (Civ. 1, 8 juin 2016, n° 15-19614, B. I, n° 133 ; Cass. avis 4 juillet 2016, n° 16-70004, B. avis, n° 4).

<sup>5</sup> J. Carbonnier, obs. *RTD civ.* 1961, 332.

<sup>6</sup> P. Ancel « La garantie conventionnelle des vices cachés dans les conditions générales de vente en matière mobilière », *RTD com.* 1979, p. 203, n° 9, et les réf. ; A. Forestier « Les délais en matière de garantie des vices cachés – Éclaircissements, inquiétudes et perspectives », *JCP* 2018, *doctr.* 496.

<sup>7</sup> Cf., en faveur du caractère préfix du délai : Civ. 3, 3 juin 2015, n° 14-15796, B. III, n° 55 ; D. 2015, 1208 ; CCC 2015, *comm.* 222, note L. L. ; *RDI* 2015, 400, étude S. Becqué-Ickowicz, 414, obs. O. Tournafond et J.-Ph. Tricoire, et 422, obs. Ph. Malinvaud ; en faveur implicitement du caractère de délai de prescription, en lui appliquant l'article 2231 du Code civil, lequel ne concerne que les délais de prescription, à l'exclusion des délais de forclusion : Civ. 3, 5 janvier 2017, n° 14-15796, B. III, n° 3 ; *contra* : Chainais et *alii*, *op. cit.*, n° 231, selon lesquels l'arrêt du 5 janvier 2017 aurait définitivement consacré, de manière implicite, la qualification de délai de prescription.

<sup>8</sup> Ch. mixte 21 juillet 2023, n° 21-15809, 21-17789, 21-19936 (B+R) ; *RDC* 2023/4, note L. Thibierge.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Panthéon-Assas  
Licence droit 3ème année Melun 2023-2024

- L'action des professionnels, pour les biens ou les services qu'ils fournissent aux consommateurs, se prescrit par deux ans (article L. 218-2 du Code de la consommation)<sup>1</sup>.
- Les actions relatives à un contrat d'assurance (actions en paiement de l'indemnité, action en responsabilité pour manquement au devoir de renseignement ou de conseil, nullité du contrat) se prescrivent toujours par deux ans à compter de l'événement qui y donne naissance ou, en cas de sinistre, à compter du jour où les intéressés en ont eu connaissance (art. L.114-1 du code des assurances). Le délai de 10 ans pour les actions engagées par les tiers bénéficiaires des contrats d'assurance sur la vie ou les ayants droits de l'assuré décédé dans un accident n'est toutefois pas remis en cause (article L.114-1 précité).
- Les actions fondées sur les dispositions du statut des baux commerciaux sont soumises également à une prescription biennale (article L. 145-60 du Code de commerce). Cette disposition bien connue des praticiens des baux commerciaux trouve souvent à s'appliquer.
- Concernant les baux à usage d'habitation soumis à la loi du 5 juillet 1989, la loi n° 2014-366 du 24 mars 2014, dite « loi Alur » ou encore « loi Duflot » a introduit un article 7-1 soumettant les actions dérivant d'un contrat de bail à une prescription de trois ans et même d'un an si l'action a pour objet la révision du loyer à la hausse :

*« Toutes actions dérivant d'un contrat de bail sont prescrites par trois ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant d'exercer ce droit.*

*« Toutefois, l'action en révision du loyer par le bailleur est prescrite un an après la date convenue par les parties dans le contrat de bail pour réviser ledit loyer. »*

- Les actions en matière de délits de presse, notamment la diffamation, sont soumises à une prescription de trois mois à compter du jour où les délits ont été commis (article 65 de la loi du 29 juillet 1881 sur la presse), que l'action soit engagée au civil ou au pénal<sup>2</sup>.
- Point de départ des délais de prescription extinctive<sup>3</sup>

La prescription extinctive ne commence à courir que « *du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer* » (article 2224 du Code civil précité)<sup>4</sup>.

Ce recul dans le temps du point de départ de la prescription constitue une application d'un principe traditionnel : *contra non valentem agere non currit praescriptio* – la prescription ne court pas contre celui qui ne peut agir valablement<sup>5</sup>. Mais le choix du critère subjectif de la date de la connaissance réelle ou supposée, au lieu de celui, objectif, de l'exigibilité du droit, comme point de départ du délai de prescription, laisse un pouvoir d'appréciation relativement important au juge<sup>6</sup>. Aussi ce choix a-t-il été critiqué, comme porteur d'insécurité juridique<sup>7</sup>.

En retardant ainsi ce point de départ, le législateur a sensiblement atténué la portée du raccourcissement du délai de droit commun de la prescription extinctive à cinq ans. Néanmoins, aux termes de l'article 2232, alinéa 1er, du Code civil, ce report du point de départ ne peut, en principe, entraîner l'allongement du délai de prescription extinctive « *au-delà de vingt ans à compter du jour de la naissance du droit* »<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> Civ. 2, 7 février 2019, n° 18-11372 (P) : l'article liminaire définissant le consommateur comme une personne physique agissant à des fins n'entrant pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole, l'action contre une personne morale, qui n'a pas la qualité de consommateur, est soustraite à la prescription biennale de l'article L. 218-2 du Code de la consommation et soumise aux délais de prescription du Code civil. Dans le même sens : Civ. 2, 21 mars 2019, n° 18-10441.

<sup>2</sup> Civ. 2, 12 décembre 2002, B. II, n° 285 ; Civ. 1, 7 février 2006, B. I, n° 57 ; Civ. 1, 31 janvier 2008, B. I, n° 33 ; Civ. 1, 16 mai 2010, B. I, n° 103.

<sup>3</sup> J. Klein, *Le point de départ de la prescription*, thèse Paris 2, préf. N. Molfessis, Economica, 2013.

<sup>4</sup> Civ. 1, 15 mars 2017, n° 15-27574, B. I, n° 64 : la prescription extinctive d'une action en paiement d'une créance ne commence pas à courir au jour où celle-ci est devenue exigible, dès lors que le créancier n'a connu les faits lui permettant de l'exercer que postérieurement à cette date ; Civ. 3, 1er octobre 2020, n° 19-16561 (P) : en matière de promesse de vente, sauf stipulation contraire, l'expiration du délai fixé pour la réitération de la vente par acte authentique ouvre le droit, pour chacune des parties, soit d'agir en exécution forcée de la vente, soit d'en demander la résolution et l'indemnisation de son préjudice. Le fait justifiant l'exercice de cette action ne peut consister que dans la connaissance, par la partie titulaire de ce droit, du refus de son cocontractant d'exécuter son obligation principale de signer l'acte authentique de vente. Cette connaissance ne saurait donc se déduire automatiquement du défaut de signature de l'acte authentique à la date prévue.

<sup>5</sup> Bénabent, *Droit des obligations*, n° 848-849.

<sup>6</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 1780.

<sup>7</sup> Bénabent, *Droit des obligations*, n° 849.

<sup>8</sup> Civ. 3, 1er octobre 2020, n° 19-16986 (P) ; D. 2020, 2154, avis Ph. Brun et 2157, note P.-Y. Gautier ; J.-D. Pellier « Retour sur le

• Suspension et interruption des délais de prescription extinctive

L'écoulement d'un délai de prescription peut être affecté d'une cause de suspension ou d'interruption :

- Suspension : elle « *en arrête temporairement le cours sans effacer le délai déjà couru* » (article 2230 du Code civil), par exemple :
  - en application de la maxime, déjà citée, *contra non valentem agere non currit praescriptio* (article 2234), ainsi lorsqu'une transaction avait été conclue, tant qu'elle n'a pas été annulée ou résolue pour inexécution<sup>1</sup>,
  - en cas de minorité (article 2235),
  - de décision des parties de recourir à la médiation ou à la conciliation (article 2238),
  - de conclusion entre elles d'une convention de procédure participative (article 2238),
  - de mise en œuvre d'une clause de conciliation ou de règlement amiable, préalable à la saisine d'une juridiction, jusqu'à son issue, selon la jurisprudence<sup>2</sup>, en application de la maxime *contra non valentem...*, car l'article 2238 n'envisage pas cette situation,
  - d'une demande de mesure d'instruction, à laquelle le juge fait droit avant tout procès, jusqu'au jour où cette mesure a été exécutée, le délai de prescription recommençant alors à courir pour une durée minimale de six mois (article 2239)<sup>3</sup>.
- Interruption : elle « *efface le délai de prescription acquis. Elle fait courir un nouveau délai de même durée que l'ancien* » (article 2231 du Code civil)<sup>4</sup>. Sont interruptives de prescription :
  - la reconnaissance par le débiteur du droit de celui contre lequel il prescrivait (article 2240 du Code civil),
  - une demande en justice, même en référé, portée devant une juridiction incompétente ou affectée d'un vice de procédure (article 2241 du Code civil),
  - une mesure conservatoire ou un acte d'exécution forcée (article 2244)<sup>5</sup>,
  - une demande d'aide juridictionnelle adressée au bureau d'aide juridictionnelle (article 43 du décret n° 2020-1717 du 28 décembre 2020)<sup>6</sup>.

Selon la Cour de cassation<sup>7</sup>, la liste légale des causes d'interruption de la prescription, résultant des articles 2240, 2241 et 2244 du Code civil<sup>8</sup>, est limitative : une mise en

---

délai butoir de l'article 2232 du Code civil », *D.* 2018, 2148 ; L. Andreu « Retour sur l'application dans le temps de l'article 2232 du Code civil prévoyant un butoir à l'extension de la durée de la prescription », *D.* 2021, 186.

<sup>1</sup> En ce sens : Bénabent, *Droit des obligations*, n° 851 ; du même auteur, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, n° 1012.

<sup>2</sup> Ch. mixte 14 février 2003, n° 00-19423 et 00-19424, *B. mixte* 2003, n° 1 ; *BICC* 1er mai 2003, avis A. Benmakhlof, rap. P. Bailly ; *D.* 2003, 1386, note P. Ancel et M. Cottin ; *ibid.* 2480, obs. Th. Clay ; *JCP* 2003, I, 128, n° 17, obs. L. Cadet ; *ibid.*, I, 164, n° 9, obs. Ch. Seraglini ; *RTD civ.* 2003, 294, obs. J. Mestre et B. Fages ; *ibid.*, 349, obs. R. Perrot ; *Procédures* 2003, n° 96, obs. H. Croze ; *RDC* 2003, 182 et 189, obs. L. Cadet et X. Lagarde ; *CCC* 2003, n° 84, note L. Leveneur ; *Rev. arb.* 2003, 403, note Ch. Jarosson. Certes, cette jurisprudence est antérieure à la réforme de la prescription issue de la loi du 17 juin 2008 ; mais rien ne permet de penser que le législateur a entendu la condamner. Sur la clause de conciliation ou de règlement amiable, *cf. infra* : C. « Condition relative à la cohérence de l'action » ; section 2 « Conditions d'exercice de l'action en justice », § 2 « Mise en œuvre de l'action en justice », B. « Moyens de défense », 3. « Les fins de non-recevoir », b. « Diversité des fins de non-recevoir ».

<sup>3</sup> Cette cause de suspension ne joue qu'au profit de la partie ayant sollicité la mesure d'instruction, dont elle tend à préserver les droits (Civ. 2, 31 janvier 2019, n° 18-10011 (P) ; *BICC* n° 903, 1er juin 2019, n° 569 ; *JCP* 2019, éd. G, *Act.*, 161, obs. Gaëlle Deharo, et II, 307, note Jean-Jacques Taisne ; Civ. 1, 3 février 2021, n° 19-12255).

<sup>4</sup> Com. 16 septembre 2014, n° 13-17252, *B. IV*, n° 125 : disparition, avec la réforme issue de la loi du 17 juin 2008, de la technique d'interversion des prescriptions (*cf.* par ex. Malinvaud, Mekki et Seube, *Droit des obligations*, n° 1038).

<sup>5</sup> Sans être une mesure d'exécution forcée, un commandement aux fins de saisie-vente engage la mesure d'exécution forcée. Il interrompt donc la prescription de la créance que cette saisie-vente tend à recouvrer (Civ. 2, 13 mai 2015, n° 14-16025, *B. II*, n° 113 ; *D.* 2015, *Chr. C. Cass.* 1791, n° 8, obs. H. Adida-Canac, Th. Vasseur et E. de Leiris ; *D.* 2016, 1279, obs. A. Leborgne ; *Procédures* 2015, *comm.* 222, obs. L. Raschel ; *Dr. et proc.* 2015, 104, obs. O. Salati ; *Gaz. Pal.* 5 septembre 2015, n° 248, p. 15, note Cl. Brenner ; *ibid.*, 22 septembre 2015, n° 265, p. 36, note L. Lauvergnat ; *ibid.*, 10 novembre 2015, n° 314, p. 29, note A.. Bolze ; *CCC* août 2015, n° 8-9, *Comm.* 194, note L. Leveneur ; *RD banc. fin.* 2015, *comm.* 134, obs. S. Piédelièvre ; *LPA* 2 octobre 2015, n° 197, p. 8, note V. Vinckel ; Civ. 2, 1er juin 2017, n° 16-17589, *Procédures* 2017, *comm.* 183, obs. L. Raschel ; *RD banc fin.* 2017, *comm.* 214, obs. S. Piédelièvre ; Civ. 2, 16 mai 2019, n° 18-14184). L'article R. 221-5 du Code des procédures civiles d'exécution reconnaît d'ailleurs expressément effet interruptif à ce commandement. La Cour de cassation est allée encore plus loin en suggérant, dans un arrêt non publié au *Bulletin civil*, qu'une simple sommation de payer pouvait interrompre le cours de la prescription extinctive (Civ. 3, 24 octobre 2019, n° 18-15278).

<sup>6</sup> *Cf.* Civ. 3, 7 janvier 2021, n° 19-24649.

<sup>7</sup> Com. 18 mai 2022, n° 20-23204 (B) ; *Gaz. Pal.* 5 juillet 2022, n° 22, note A. Yatera.

<sup>8</sup> Ainsi que de l'article 43 précité du décret du 28 décembre 2020.



demeure, notamment, n'interrompt pas la prescription extinctive.

S'agissant de la demande en justice, la Cour de cassation a été amenée à préciser qu'elle était privée d'effet interruptif si elle était frappée de caducité. Ainsi une citation qui n'a pas été placée dans les délais réglementaires<sup>1</sup>, ce qui la rend caduque, n'a-t-elle pas été placée dans les délais réglementaires<sup>1</sup>, ce qui la rend caduque, n'a-t-elle pas été placée dans les délais réglementaires<sup>1</sup>. En effet, elle équivaut au « néant »<sup>3</sup>, malgré l'absence de rétroactivité traditionnellement attachée à la notion de caducité<sup>4</sup>. Il en va de même, toujours d'après la Cour de cassation, d'un acte d'exécution forcée atteint de caducité<sup>5</sup>.

### χ) Caractère de la prescription extinctive

La prescription extinctive est traditionnellement regardée comme une institution d'intérêt privé. Il en résulte une triple conséquence : les parties peuvent, dans certaines limites, déroger à sa durée comme à son régime, d'une part. Les parties peuvent renoncer à se prévaloir de la prescription une fois celle-ci accomplie, d'autre part. Le juge ne peut suppléer le moyen tiré de la prescription, enfin.

#### • Aménagements conventionnels aux règles légales gouvernant la prescription extinctive

L'article 2254, alinéas 1er et 2, du Code civil permet aux parties de déroger au régime légal de la prescription extinctive, en modifiant la durée délai ou encore en ajoutant aux causes légales de suspension ou d'interruption du délai :

« La durée de la prescription peut être abrégée ou allongée par accord des parties. Elle ne peut toutefois être réduite à un moins d'un an ni étendue à plus de dix ans.  
Les parties peuvent également, d'un commun accord, ajouter aux causes de suspension ou d'interruption de la prescription prévues par la loi. »

Si, dans certaines limites, les parties peuvent donc, à leur gré, dans certaines limites, allonger ou raccourcir la durée légale du délai de prescription, en revanche elles ne peuvent qu'ajouter aux causes légales de suspension et d'interruption, et non pas les supprimer.

Toutefois la durée et la computation de certains délais de prescription sont d'ordre public, afin de protéger la partie la plus vulnérable. Les parties ne peuvent alors les modifier même d'un commun accord. C'est le cas des prescriptions gouvernant les actions suivantes :

- Actions en paiement ou en répétition des salaires, arrérages de rente, pensions alimentaires, loyers, fermages, charges locatives, intérêts des sommes prêtées « et, généralement, aux actions en paiement de tout ce qui est payable par années ou à des termes périodiques plus courts. » Le législateur a voulu protéger le débiteur contre une accumulation des sommes dues à son insu, à la faveur d'aménagements conventionnels du régime de la prescription.
- Actions dérivant d'un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur (article L. 218-1 du Code de la consommation, dérogeant expressément à l'article 2254 du Code civil).
- Actions dérivant d'un contrat d'assurance (article L. 114-3 du Code des assurances).

---

<sup>1</sup> Aux termes de l'article 406 du Code de procédure civile, « La citation est frappée de caducité dans les cas et conditions déterminés par la loi. » La citation ou assignation doit être « placée », c'est-à-dire remise au greffe du tribunal à la diligence de l'une ou l'autre des parties, généralement le demandeur mais pas inéluctablement, pour que ce tribunal soit effectivement saisi. Ce placement doit intervenir dans un certain délai, variable selon la juridiction devant laquelle l'affaire est portée : quinze jours en principe à compter de la date de la communication de la date d'audience par la juridiction pour une procédure devant le tribunal judiciaire (article 754 du Code de procédure civile), huit jours avant la date d'audience pour une procédure devant le tribunal de commerce (article 857, alinéa 2, du Code de procédure civile). A défaut pour l'assignation d'être placée dans ces délais, elle encourt, aux termes des mêmes textes, la caducité, relevé d'office par le juge (cf. *infra* : deuxième partie « L'instance », titre II « Le déroulement de l'instance », chap. I « La procédure devant le tribunal judiciaire » et chap. II « Les procédures devant les juridictions d'exception »).

<sup>2</sup> Ass. plén. 3 avril 1987, B. ass. plén., n° 2 ; D. 1988, *somm.* 122, obs. P. Julien ; JCP 1987, II, 20792, concl. J. Cabannes ; RTD civ. 1987, 401, obs. R. Perrot ; dans le même sens : Soc. 21 mai 1996, B. V, n° 19 et Civ. 3, 1er février 2012, n° 11-10482, B. III, n° 19 ; D. 2012, 496, obs. Y. Rouquet (décision rendue sous l'empire du droit antérieur à la réforme de la prescription) ; Civ. 2, 21 mars 2019, n° 17-31502 (P) : absence d'effet interruptif de la déclaration d'appel frappée de caducité, faute pour l'appelant d'avoir conclu dans les délais que les articles 908 et 911 du Code de procédure civile lui impartissent.

<sup>3</sup> Perrot, obs. préc.

<sup>4</sup> Cf. *infra* : « Effets de la demande en justice ».

<sup>5</sup> Civ. 2, 4 septembre 2014, n° 13-11847, B. II, n° 179 ; D. *actualité*, 17 septembre 2014, obs. V. Avena-Robardet ; D. 2014, 1828. Cette caducité le privant rétroactivement de tous ses effets atteint tous les actes de la procédure de saisie qu'il engage : Civ. 2, 19 février 2015, n° 13-28445, B. II, n° 47 ; D. 2015, 495 ; *Gaz. Pal.* 5 septembre 2015, n° 248, p. 20, note Cl. Brenner ; Civ. 2, 19 février 2015, n° 14-10622, D. 2015, 495.

- Faculté de renoncer à la prescription une fois celle-ci accomplie

Les articles 2250 et 2251 Code civil prévoient la possibilité de renoncer à la prescription acquise. En revanche, le premier de ces deux textes interdit de renoncer par avance à la prescription : « *Seule une prescription acquise est susceptible de renonciation.* »

Comme l'indique l'article 2251 du Code civil, la renonciation peut être expresse ou tacite. Dans cette dernière hypothèse, elle doit résulter « *de circonstances établissant sans équivoque la volonté de ne pas se prévaloir de la prescription.* » La seule inaction prolongée du bénéficiaire de la prescription extinctive ne vaut donc pas renonciation<sup>1</sup>, non plus que le fait de ne pas s'être prévalu de la fin de non-recevoir tirée de la prescription dès les premières conclusions devant le tribunal<sup>2</sup>.

- Interdiction pour le juge de soulever d'office le moyen tiré de la prescription extinctive

En principe, le juge ne peut suppléer d'office le moyen tiré de la prescription (article 2247 du Code civil)<sup>3</sup>, puisque celle-ci est considérée comme une institution d'intérêt privé. Cette solution est en harmonie avec la faculté reconnue au débiteur ou, plus généralement, au défendeur à l'action prescrite, de renoncer à la prescription acquise.

Toutefois ce principe connaît également des exceptions, car certains délais de prescription sont considérés, malgré tout, comme d'ordre public. Notamment, le juge peut soulever d'office le moyen tiré de la prescription biennale de l'action du professionnel contre le consommateur<sup>4</sup> ou celui de la prescription de trois mois applicable en matière de délits de presse, que l'action civile soit exercée séparément ou non de l'action publique<sup>5</sup>.

## b. Délais préfix

On traitera de la notion de délai préfix, puis du régime juridique du délai préfix.

### α) Notion de délai préfix<sup>6</sup>

On les appelle encore délais de forclusion. Ce sont des délais plus ou moins brefs, nombreux et revêtant une grande importance pratique.

La loi ne donne aucun critère général permettant de distinguer le délai préfix du délai de prescription, alors qu'il obéissent, nous le verrons, à des régimes différents. La brièveté du délai n'est pas un critère déterminant, car il existe de courtes prescription, par exemple celle de trois mois en matière de délits de presse<sup>7</sup>. L'affirmation du législateur que le délai est de « rigueur »<sup>8</sup> constitue un indice de sa volonté de le considérer comme un délai de forclusion.

Un auteur<sup>9</sup> a souligné que la différence entre les deux types de délais était de degré et non de nature, la forclusion apparaissant comme une prescription plus sévère. En effet, le délai qui y est soumis ne connaît pas de suspension et il est moins facilement interrompu que le délai de prescription. Pour pallier l'absence de critère général de distinction entre délais de prescription et délais de forclusion, cet auteur a donc proposé de poser le principe « *pas de forclusion*

<sup>1</sup> Civ. 2, 24 octobre 2019, n° 18-22332.

<sup>2</sup> Civ. 2, 12 avril 2018, n° 17-15434, *Gaz. Pal.* 31 juillet 2018, p. 59, obs. L. Mayer. De fait, la solution inverse reviendrait à vider de sa substance l'article 123 du Code de procédure civile, au terme duquel les fins de non-recevoir peuvent être soulevées en tout état de cause (*cf. infra* : section 2 « Exercice de l'action en justice », § 2 « Mise en œuvre de l'action en justice », B. « Les moyens de défense », 3. « Les fins de non-recevoir », c. « Régime juridique des fins de non-recevoir »).

<sup>3</sup> *Cf.* par ex. Com. 17 mai 2017, n° 15-27275.

<sup>4</sup> Article R. 632-1 du Code de la consommation (ancien article L. 141-4 du même code). *Cf.* Civ. 1, 9 juillet 2015, n° 14-19101.

<sup>5</sup> Civ. 2, 29 novembre 2001, n° 99-18559, B. II, n° 180 ; Civ. 2, 24 avril 2003, n° 00-12965 99-21503, B. II, n° 113 ; *Gaz. Pal.* 2003, 2, 3849, note Guerder.

<sup>6</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *Les obligations*, n° 1765 ; Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, n° 1223 ; M. Vasseur « Délais préfix, délais de prescription, délais de procédure », *RTD civ.* 1950, 459 ; Carbonnier, *op. cit.*, IV ; A. Trescases « Les délais préfix », *LPA* 30 janvier 2008, p. 6 ; F. Rouvière « Le droit des délais de prescription, butoir et de forclusion », *LPA* 31 juillet 2009, p. 7 ; N. Balat « Forclusion et prescription », *RTD civ.* 2016, 751 ; X. Lagarde « La distinction entre prescription et forclusion à l'épreuve de la loi du 17 juin 2008 », *D.* 2018, 469.

<sup>7</sup> *Cf. supra.*

<sup>8</sup> *Cf.* par ex. article 1661 du Code civil, pour le délai de cinq ans dans lequel le vendeur peut exercer sa faculté de rachat, dans la vente à réméré.

<sup>9</sup> N. Balat « Forclusion et prescription », *RTD civ.* 2016, 751, *op. cit.*

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Panthéon-Assas  
Licence droit 3ème année Melun 2023-2024

*sans texte* » : la qualification de délai de forclusion devrait être expresse<sup>1</sup> ; à défaut le délai devrait être considéré comme de prescription. Quant au régime, le même auteur a proposé d'appliquer par principe le régime de la prescription extinctive aux délais de forclusion, sauf disposition légale contraire<sup>2</sup>.

Certains de ces délais préfix concernent des actions ayant un objet précis, les autres se rapportent à l'exercice des voies de recours.

- Délais gouvernant certaines actions en justice

Ex. délai de trois ans dans lequel l'action en revendication d'un meuble perdu ou volé doit être intentée à l'encontre du possesseur de bonne foi (article 2276, alinéa 2, du Code civil)<sup>3</sup>.

Ex. délai de deux ans ouvert au vendeur pour agir en rescision d'une vente immobilière pour lésion des sept douzièmes (article 1676, alinéa 1er, du Code civil).

Ex. délai de cinq ans ouvert au vendeur pour exercer sa faculté de rachat, dans la vente à réméré (articles 1660, 1661, 1662 et 1663 du Code civil).

Ex. délai en principe de six mois pour l'action en relevé de forclusion<sup>4</sup>, intentée par le créancier qui n'a pas déclaré sa créance dans les délais réglementaires au passif de son débiteur soumis à une procédure collective<sup>5</sup>.

Ex. délai d'un an à compter de l'acte authentique constatant la réalisation de la vente, imparti à l'acquéreur d'un lot en copropriété, à peine de déchéance, pour agir en diminution du prix, lorsque la superficie du lot est inférieure d'au moins un vingtième à celle indiquée dans l'acte de vente (article 46 de la loi du 10 juillet 1965 sur la copropriété des immeubles bâtis, réd. issue de la loi « Carrez » du 18 décembre 1996)<sup>6</sup>.

Ex. délai de deux mois à compter de la notification d'une décision d'assemblée générale par le syndic, ouvert, « à peine de déchéance », aux copropriétaires opposants ou défaillants, pour contester cette décision.

- Délais d'exercice des voies de recours

Ce délai est d'un mois pour l'appel ou l'opposition (article 538 du Code de procédure civile), sauf si la décision entreprise est une ordonnance de référé, le délai pour exercer ces voies de recours ordinaire étant alors réduit à quinze jours (article 490 du Code de procédure civile). Le délai pour former un pourvoi en cassation, est quant à lui, de deux mois (article 612 du Code de procédure civile).

### β) Régime des délais préfix

Les délais préfix sont traditionnellement soustraits au régime de la prescription extinctive (article 2220 du Code civil). En particulier :

- les délais préfix ignorent, du moins en principe, les causes de suspension<sup>7</sup>.

On devrait logiquement en conclure que le recours convenu à un M.A.R.D. ne suspend pas un délai de forclusion, alors qu'il suspend le délai de prescription, en vertu de l'article 2238 du Code civil. Mais, pour imposée par la lettre des textes qu'elle soit<sup>8</sup>, la solution paraît inopportune<sup>9</sup>. En effet, le risque de forclusion que la mise en œuvre d'un

<sup>1</sup> *Ibid.*

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> Selon la jurisprudence, ce délai est en effet un délai préfix, qui commence à courir du jour de la perte ou du vol et qui n'est pas susceptible de suspension, ni d'interruption, sauf dans les cas où la loi admet exceptionnellement l'interruption des délais préfix : Crim. 30 octobre 1969, n° 69-90372, *B. crim.*, n° 277 ; *JCP* 1970, II, 16333, note G. Goubeaux ; Bordeaux, 22 janv. 1974, *D.* 1974, J. 542, note R. Rodière ; *RTD civ.* 1974, 837, obs. J.-D. Bredin ; Paris, 24 mars 1999, *D.* 1999, IR 137 ; Pau 24 avril 2008, RG n° 06/01262.

<sup>4</sup> Article L. 622-26, alinéa 1er et 3, du Code de commerce.

<sup>5</sup> Articles L. 622-24 et R. 622-24 du Code de commerce.

<sup>6</sup> Civ. 3, 2 juin 2016, n° 15-16967, *B. III*, n° 73 ; *CCC* 2016, *comm.* 205, note L. Leveneur ; *LPA* 5 septembre 2016, n° 177, p. 7, note P.-L. Niel et M. Morin.

<sup>7</sup> Civ. 3, 3 juin 2015, Civ. 3, 2 juin 2016, préc. et Civ. 3, 10 novembre 2016, n° 15-24289 ; Civ. 3, 5 janvier 2022, n° 20-22670 : l'article 2239 du Code civil, prévoyant la suspension de la prescription par l'effet d'une décision ordonnant une mesure d'instruction *in futurum*, n'est pas applicable à un délai de forclusion ; Civ. 3, 19 décembre 2007, n° 06-21410, *B. III*, n° 228 : la règle selon laquelle la prescription ne court pas contre celui qui est dans l'impossibilité d'agir est inapplicable au délai de deux mois ouvert par l'article 42, alinéa 2, de la loi du 10 juillet 1965 au copropriétaire opposant au défaillant pour contester une décision d'assemblée générale (sol. implicite).

<sup>8</sup> Bourges 4 juin 2015, RG 14/00786, Jurisprudence base Lextenso.

<sup>9</sup> V. Pour « L'effet interruptif de la demande en justice au sens de l'article 2241 du Code civil », *LPA* 18 janvier 2017, n° 13, p. 7, II,

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Panthéon-Assas  
Licence droit 3ème année Melun 2023-2024

M.A.R.D. fait courir aux parties est de nature à les en détourner, contrairement au souhait du législateur contemporain de l'encourager. L'insécurité juridique que cette solution entraîne est d'autant plus élevée que le critère de distinction entre les délais de prescription et les délais de forclusion est, on le sait, fort incertain.

De même, si, dans l'opinion dominante<sup>1</sup>, la demande en référé aux fins de voir ordonner une mesure d'instruction *in futurum* interrompt le délai de forclusion comme le délai de prescription, conformément à l'article 2241, alinéa 1er, du Code civil, seule la prescription est, en revanche, suspendue jusqu'au jour où la mesure d'instruction a été exécutée, en vertu de l'article 2239 du Code civil : le délai de forclusion interrompt par la demande en référé recommence, quant à lui, immédiatement à courir<sup>2</sup>.

- En revanche, dans certains cas<sup>3</sup> – demande en justice<sup>4</sup>, mesure conservatoire ou acte d'exécution forcée –, ils sont désormais interrompus, comme les délais de prescription (articles 2241, alinéa 1er, et 2244 du Code civil). Déjà, la jurisprudence antérieure<sup>5</sup> avait admis, au demeurant, qu'une assignation en justice, même devant un juge incompetent, interrompît un délai préfix, de la même manière qu'elle interrompait la prescription.
- La fin de non-recevoir tirée de l'expiration d'un délai préfix, notamment d'un délai pour exercer une voie de recours, doit être soulevée d'office par le juge si elle présente un caractère d'ordre public (article 125, alinéa 1er, du Code de procédure civile). Cependant il n'en faudrait pas conclure que tous les délais préfix ont un caractère d'ordre public : certains n'ayant pour fin, à l'instar de la plupart des délais de prescription, que la protection d'un intérêt privé, le juge ne saurait en relever d'office l'expiration en application de l'article 125, alinéa 1er, précité<sup>6</sup>.
- La défense au fond, au sens de l'article 71 du Code de procédure civile, échappe à la prescription extinctive à laquelle la demande est soumise<sup>7</sup>, conformément à l'adage *quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum*<sup>8</sup>. En revanche, l'adage est inapplicable aux délais préfix.

En particulier, la prescription de l'action en nullité n'interdit pas d'invoquer la nullité de l'acte à titre d'exception, conformément au principe traditionnel de la perpétuité de cette exception<sup>9</sup>,

A.

<sup>1</sup> Cf. par ex. Com. 6 septembre 2016, n° 15-13128, *Rev. soc.* 2016, 739, note A. Lecourt ; *Dr. sociétés* 2017, *comm.* 1, note C. Coupet : demande en référé fondée sur l'article 145 du Code de procédure civile, aux fins de voir ordonner une mesure d'instruction à futur. Sur la question de l'application cumulative de l'interruption de prescription résultant de l'article 2241 du Code civil et de la suspension de prescription de l'article 2239 du même code à ce référé, cf. I. Després « Retour vers le futur (L'article 145 du Code de procédure) », in : *Justices et droit du procès (du légalisme procédural à l'humanisme processuel), Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, p. 693 et suiv., spéc. p. 706 ; N. Cayrol, *Rép. civ. Dalloz*, V° Référé civil, n° 490 ; favorables au cumul : Cl. Brenner « De quelques aspects procéduraux de la réforme de la prescription extinctive », *RDC* 2008, 1431 ; N. Fricero « Le nouveau régime de la prescription et la procédure civile, loi n° 2008-651 du 17 juin 2008 », Colloque à la Cour de cassation du 11 mai 2009, n° 24 ; A. Hontebeyrie, *Rép. civ. Dalloz*, V° Prescription extinctive, n° 374 ; défendant l'application exclusive de l'article 2239, au détriment de celle de l'article 2241 : R. Perrot « Mesures d'instruction préventives. Incidence sur la prescription de l'action au fond », *Procédures* 2008, *focus* n° 35 ; S. Becqué-Ickowicz, note ss *Civ. 3*, 20 mai 2015, *RD imm.* 2015, p. 400. En ce sens également, sous l'empire du droit antérieur à la loi du 17 juin 2008 réformant la prescription : *Civ. 3*, 12 novembre 2015, n° 14-18390, *B. III*, n° 431.

<sup>2</sup> Cf. *Civ. 3*, 2 juin 2016, n° 15-16967, préc. ; *Civ. 3*, 5 janvier 2022, n° 20-22670.

<sup>3</sup> Cf. *supra*.

<sup>4</sup> *Civ. 1*, 1er février 2017, n° 15-27245, *B. I*, n° 35 ; *Gaz. Pal.* 4 juillet 2017, p. 77, obs. S. Travade-Lannoy ; *LPA* 27 avril 2017, n° 84, p. 11, note P.-L. Niel.

<sup>5</sup> Ch. mixte 24 novembre 2006, n° 04-18610, *B. mixte*, n° 11 ; *D.* 2007, 1112, note R. Wintgen ; *Civ. 2*, 10 janvier 2008, *B. II*, n° 5.

<sup>6</sup> Par exemple, la fin de non-recevoir tirée de l'expiration du délai imparti à l'acquéreur, par l'article 1648 du Code civil, pour agir en garantie des vices cachés contre le vendeur, n'est pas d'ordre public, de sorte que le juge ne saurait la soulever d'office (*Civ. 1*, 26 octobre 1983, n° 82-13560, *B. I*, n° 249 ; Com. 17 mars 1987, n° 85-17974 ; *Civ. 1*, 6 avril 1994, n° 92-17183 ; *Civ. 1*, 12 décembre 2000, n° 98-21749, *B. I*, n° 324 ; *Civ. 1*, 28 octobre 2010, n° 09-70799).

<sup>7</sup> *Civ. 1*, 31 janvier 2018, n° 16-24092, *B. I*, n° 13 ; *D.* 2018, 1884, n° 6, obs. P. Crocq ; *RDI* 2018, 214, obs. H. Heugas-Darraspe ; *AJ Contrat* 2018, 141, obs. G. Piette ; *JCP* 2018, 275, note Y.-M. Serinet ; *ibid.*, *doctr.* 530, n° 5, obs. critiques R. Libchaber ; *RTD civ.* 2018, 455, obs. P. Crocq.

<sup>8</sup> Roland et Boyer, *Adages du droit français*, n° 331.

<sup>9</sup> *Civ. 3*, 1er février 1978, n° 76-14147, *B. III*, n° 68 ; *Civ. 1*, 19 décembre 1995, n° 94-10812, *B. I*, n° 477 ; *CCC* 1996, 38, note L. Leveneur ; *D.* 1996, *Somm.* 327, obs. R. Libchaber ; *RTD civ.* 1996, 607, obs. J. Mestre ; *Civ. 3*, 24 novembre 1999, n° 98-12694, *B. III*, n° 223 ; *RTD civ.* 2000, 568, obs. J. Mestre et B. Fages ; *Civ. 3*, 4 octobre 2000, n° 98-22379, *B. III*, n° 156 ; *Civ. 1*, 14 janvier 2015, n° 13-26279, *B. I*, n° 4 ; *D.* 2015, 208 ; *AJ fam.* 2015, 169, obs. J. Casey ; *Dr. fam.* 2015, n° 77, note B. Beignier ; *JCP* 2015, n° 306, obs. Y.-M. Serinet. Cf. Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *Les obligations*, n° 568 ; Malinvaud, Mekki et Seube, *Droit des obligations*, n° 423 et 1011 ; Houtcieff, *Droit des contrats*, n° 569-570 ; A. Dessaux, *L'article 1304 et le principe de la perpétuité de l'exception : contribution à l'étude de la prescription des actions en nullité en droit civil français et comparé*, thèse Paris, Monchrestien, 1937 ; Bandrac, *La nature juridique de la prescription extinctive*, n° 149 ; J.-L. Aubert « Brèves réflexions sur le jeu de l'exception de nullité », in : *Etudes offertes à Jacques Ghestin – Le contrat au début du XXIe siècle*, LGDJ, 2001, p. 19 et

que l'article 1185 du Code civil, en sa rédaction issue de l'ordonnance du 10 février 2016, a consacré<sup>1</sup>, tandis que l'expiration du délai préfix fait obstacle à l'action en nullité d'un acte comme à un moyen de défense invoquant cette nullité<sup>2</sup>.

## B. Condition relative à l'objet de l'action

Il s'agit d'une condition négative : la prétention ne doit pas encore avoir été jugée. En effet, la demande est irrecevable si elle élève une contestation déjà définitivement tranchée par une décision de justice, car elle se heurte à l'autorité de chose jugée attachée à cette dernière. L'article 480 du Code de procédure civile énonce ce principe de l'autorité de la chose jugée :

*« Le jugement qui tranche dans son dispositif tout ou partie du principal, ou celui qui statue sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout autre incident a, dès son prononcé, autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'il tranche »*

Cette condition est parfois inexactement qualifiée d' « exception de chose jugée », alors que l'autorité de la chose jugée relève de la catégorie juridique des fins de non-recevoir, comme l'article 122 du Code de procédure civile l'indique expressément, du reste<sup>3</sup>.

## C. Condition relative à la cohérence de l'action

La fin de non-recevoir tend alors à sanctionner l'incohérence d'un plaideur. En effet, l'action doit être en cohérence avec l'ordre public et les bonnes mœurs, ainsi qu'avec les principes d'une bonne administration de la justice. A défaut, la demande est irrecevable.

### 1. Cohérence de l'action avec l'ordre public et les bonnes mœurs

La nécessité, pour l'action, de pas entrer en contradiction avec les exigences de l'ordre public et les bonnes mœurs explique que, lorsqu'un contrat a été annulé pour immoralité de ses stipulations ou de son but, aujourd'hui sur le fondement de l'article 1162 du Code civil, la jurisprudence déclare irrecevable le contractant *turpis* en sa demande en restitution de prestations effectuées en exécution de ce contrat, conformément aux maximes *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* et *in pari causa turpitudinis cessat repetitio*<sup>4</sup>.

### 2. Cohérence de l'action avec les principes d'une bonne administration de la justice

Cette cohérence doit être aussi bien substantielle que procédurale, pour que la demande soit recevable.

#### a. Cohérence substantielle

suiv. ; M. Storck « L'exception de nullité en droit privé », *D.* 1987, *Chr.* 67 ; D. Vich-y-Llado « L'exception de nullité du contrat », *Defrénois* 2000, 1265 ; M. Bruschi « L'exception de nullité du contrat », *Dr. et patr.* 2000, 69.

<sup>1</sup> N. Picot « La consécration légale de l'exception de nullité : un second souffle pour un adage séculaire ? », *D.* 2020, 2076.

<sup>2</sup> Req. 3 mai 1927, *D.H.* 1927, 302 ; Req. 6 mars 1939, *D.H.* 1939, 339 ; Civ. 29 mars 1950, *B. I.* n° 89 ; *Gaz. Pal.* 1950, 2, 106 ; *RTD civ.* 1950, 514, obs. J. Carbonnier ; Civ. 3, 27 mai 1974, n° 73-10888, *B. III.* n° 223 ; Civ. 3, 6 mai 1980, *B. III.* n° 92 ; Civ. 1, 15 décembre 1998, n° 96-20244, *B. I.* n° 365 ; *JCP E* 1999, 1106, note Monachon-Duchêne ; *RTD civ.* 1999, 169, obs. J. Mestre ; Com. 31 mars 2004, n° 01-13089, *B. IV.* n° 67 ; *D.* 2004, 1238, obs. E. Chevrier ; *JCP E* 2004, *pan.* 794 et 1057, note Kéita. Pour une critique de cette jurisprudence, cf. M. Bruschi « Pour l'application de la maxime *quae temporalia* aux délais préfix », in : *Le droit dans le souvenir : liber amicorum Benoît Savelli*, Presses universitaires Aix-Marseille, 1998, p. 183 et suiv.

<sup>3</sup> Au demeurant, l'ancien article 1352, alinéa 2, du Code civil, en sa rédaction de 1804, prévoyait que, sur le fondement de la présomption de vérité attachée à l'autorité de la chose jugée, la loi « *dénie l'action en justice* ». Le demandeur est donc privé du droit d'agir. Or cette situation correspond à une prétention irrecevable, selon l'article 32 du Code de procédure civile. L'ordonnance du 10 février 2016 ne reprend pas, il est vrai, l'ancien article 1352, alinéa 2, du Code civil. Mais ce silence n'entraîne aucune remise en cause de la qualification de fin de non-recevoir attribuée à l'autorité de la chose jugée, expressément retenue par l'article 122 du Code de procédure civile. Sur l'autorité de la chose jugée, cf. *infra* : troisième partie « Le dénouement du procès », titre I « Le jugement », chap. III « Effets du jugement », section 2 « Autorité de la chose jugée ».

<sup>4</sup> Sur ces adages, cf. Marty et Raynaud, *Les obligations*, t. I, n° 237 ; Carbonnier, *Droit civil*, t. II, n° 1022 et 1025 ; Roland et Boyer, *Adages du droit français*, 3ème éd., n° 166 et n° 232 ; Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *Les obligations*, n° 579 et suiv. ; Malinvaud, Mekki et Seube, *Droit des obligations*, n° 310 et n° 448 ; Flour, Aubert et Savaux, *L'acte juridique*, n° 369 et suiv. ; Ph. Letourneau, *La règle nemo auditur*, préf. P. Raynaud, LGDJ, 1971 ; Capitain, *De la cause des obligations*, n° 174 ; Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, n° 104. Rapp. Com. 27 avril 1981, n° 80-11200, *B. IV.* n° 187 ; *D.* 1982, *J.* 51, note Ph. Letourneau ; *RTD civ.* 1982, 418, obs. F. Chabas : irrecevabilité d'une action en garantie, motif pris des turpitudes réciproques des parties.

L'irrecevabilité de la prétention tient parfois à l'incohérence du plaideur relativement au fond du droit.

C'est ainsi que la réconciliation des époux intervenus depuis les faits allégués à l'appui d'une demande en divorce pour faute, empêche de les invoquer comme cause de divorce et rend la demande irrecevable (article 244, alinéa 1er et 2, du Code civil).

#### b. Cohérence procédurale

Dans d'autres hypothèses, l'irrecevabilité de la prétention sanctionne l'incohérence procédurale du plaideur.

Ainsi, le plaideur qui a souscrit, dans une convention, une clause instituant une procédure de conciliation préalable ou de règlement amiable, préalable à la saisine du juge, est, selon la jurisprudence<sup>1</sup>, irrecevable à saisir un tribunal d'une demande contentieuse, avant d'avoir mis cette clause en œuvre.

Ainsi également, la partie à une clause compromissoire qui, en ne versant pas sa part de provision des frais d'arbitrage a contraint son adversaire à retirer sa demande d'arbitrage et à saisir la juridiction consulaire, est irrecevable à décliner la compétence de cette dernière en se fondant sur cette même clause compromissoire, en violation du « *principe de loyauté procédurale régissant les parties à une convention d'arbitrage* »<sup>2</sup>.

Ainsi encore, le défendeur est irrecevable à se prévaloir d'une exception de procédure s'il a déjà soulevé des moyens de défense au fond ou bien une fin de non-recevoir (article 74 du Code de procédure civile)<sup>3</sup>.

Ainsi toujours, « *Nul ne peut se prévaloir en appel d'un moyen auquel il a expressément renoncé devant les premiers juges* »<sup>4</sup> ou bien encore le demandeur à un pourvoi en cassation est irrecevable à invoquer un moyen contraire à la thèse qu'il avait soutenue devant les juges du fond<sup>5</sup>.

On a suggéré de rattacher l'exigence de cohérence à un principe général d'interdiction de se contredire au détriment d'autrui – estoppel<sup>6</sup>. De fait, la jurisprudence a quelquefois érigé ce principe en fin de non-

<sup>1</sup> Ch. mixte 14 février 2003, n° 00-19423 et 00-19424, *B. mixte* 2003, n° 1 ; *BICC* 1er mai 2003, avis A. Benmakhlof, rap. P. Bailly ; *D.* 2003, 1386, note P. Ancel et M. Cottin ; *ibid.* 2480, obs. Th. Clay ; *JCP* 2003, I, 128, n° 17, obs. L. Cadiet ; *ibid.*, I, 164, n° 9, obs. Ch. Seraglini ; *RTD civ.* 2003, 294, obs. J. Mestre et B. Fages ; *ibid.*, 349, obs. R. Perrot ; *Procédures* 2003, n° 96, obs. H. Croze ; *RDC* 2003, 182 et 189, obs. L. Cadiet et X. Lagarde ; *CCC* 2003, n° 84, note L. Leveneur ; *Rev. arb.* 2003, 403, note Ch. Jarosson ; *Civ. 1*, 30 octobre 2007, n° 06-13366, *B. I*, n° 329 ; *Civ. 3*, 19 mai 2016, n° 15-14464, *B. III*, n° 65 ; *D.* 2016, 1145 ; *ibid.* 2377, note V. Mazeaud ; *Gaz. Pal.* 30 août 2016, p. 61, obs. L. Mayer ; *RTD civ.* 2016, 621, obs. H. Barbier ; *Constr. et urb.* n° 7-8, juillet 2016, *comm.* 103, note Ch. Sizaire ; *LEDC* juillet 2016, p. 2, obs. G. Guerlin.

<sup>2</sup> *Civ. 1*, 9 février 2022, n° 21-11253 (B).

<sup>3</sup> *Cf. infra* : section II, § 2, B.

<sup>4</sup> *Civ. 2*, 1er février 2018, n° 16-27489, *Procédures* n° 5, mai 2018, *comm.* 132, H. Croze. Si la Cour de cassation vise l'article 563 du Code de procédure civile, le principe qu'elle énonce est bien difficile à rattacher littéralement à ce texte. En réalité cet arrêt sanctionne l'incohérence procédurale du plaideur et pourrait être inspiré, de manière diffuse, du principe de l'*estoppel* (*cf. infra*) : le plaideur qui invoque en appel un moyen auquel il a expressément renoncé en première instance, se contredit au détriment de son adversaire, d'où l'irrecevabilité de son moyen.

<sup>5</sup> *Com.* 16 mai 1995, *B. IV*, n° 142, arrêt n° 1 ; *Civ. 1*, 19 janvier 1999, *B. I*, n° 25 ; *Civ. 1*, 7 avril 1999, *B. I*, n° 125 ; *Civ. 2*, 19 avril 2000, *B. II*, n° 81 ; *Civ. 2*, 5 juillet 2000, *B. II*, n° 110 ; *Civ. 2*, 10 mai 2001, *Petites affiches* n° 121, 19 juin 2001, p. 20, note E. Derieu ; *Civ. 2*, 6 avril 2006, n° 04-14855, *B. II*, n° 107 ; *Com.* 12 juin 2007, n° 05-17349, *B. IV*, n° 159 ; *Civ. 2*, 12 mars 2009, n° 08-11925, *B. II*, n° 69 ; *Civ. 2*, 25 mars 2010, n° 08-17196, *B. II*, n° 72 ; *Civ. 2*, 16 décembre 2010, n° 09-70735, *B. II*, n° 211 ; *Civ. 3*, 23 mars 2011, n° 09-68942, *B. III*, n° 48 ; *Soc.* 28 avril 2011, n° 09-70619, *B. V*, n° 97 ; *Civ. 3*, 16 janvier 2013, n° 12-10107, *B. III*, n° 3 ; *Civ. 1*, 17 octobre 2018, n° 16-24331, *Gaz. Pal.* 29 janvier 2019, p. 81, obs. M. Kebir.

<sup>6</sup> Sur l'affirmation parallèle, en droit contemporain des contrats, d'un devoir de ne pas se contredire aux dépens d'autrui, inspiré de l'*estoppel* de la *common law* anglo-américaine comme de la *Verwirkung* allemande, et dérivé de l'ancien article 1134, alinéa 3, du Code civil (nouvel article 1104 du Code civil), *cf.* *Com.* 8 mars 2005, *B. IV*, n° 44 ; *D.* 2005, *A.J.* 883, obs. X. Delpech ; *D.* 2005, *pan.* 2843, obs. B. Fauvarque-Cosson ; *RTD civ.* 2005, p. 391, n° 6, obs. J. Mestre et B. Fages ; *RTD com.* 2005, p. 397, obs. D. Legeais ; *RDC* 2005, 1015, obs. D. Mazeaud ; *Civ. 1*, 6 juillet 2005, *B. I*, n° 302 ; *D.* 2006, *J.* 1424, note E. Agostini ; *D.* 2005, *pan.* 3050, obs. Th. Clay ; Fages, *Droit des obligations*, n° 276 ; F. Dreifuss-Netter, *Les manifestations de volonté abdicatives*, préf. P. Tercier, LGDJ, 1985, p. 199 et suiv., not. p. 219 ; J.-F. Ranieri « Bonne foi et exercice du droit dans la tradition du *Civil law* », *RIDC* 1998, 1055 et suiv., not. 1082 et suiv. ; H. Muir-Watt « Pour l'accueil de l'*estoppel* en droit privé français », in : *Mélanges en l'honneur d'Yvon Loussouarn*, Dalloz, 1999, 303 et suiv. ; E. Gaillard « L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui comme principe général du droit du commerce international (le principe de l'*estoppel* dans quelques sentences arbitrales récentes) », *Rev. arb.* 1985, p. 241 ; M. Béhar-Touchais (sous la direction de), *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, Economica, 2001 ; D. Houtcieff, *Le principe de cohérence*, préf. H. Muir-Watt, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2001 ; Ph.

recevoir<sup>1</sup>. L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui est susceptible de sanctionner l'incohérence soit substantielle, soit procédurale d'un plaideur, selon qu'elle est opposée à un moyen portant sur le fond ou sur la procédure.

Toutefois le rôle procédural de ce principe est controversée<sup>2</sup>. Le fait qu'une partie se contredise au détriment d'autrui n'emporte pas nécessairement une fin de non-recevoir, selon un arrêt d'assemblée plénière de la Cour de cassation<sup>3</sup>. Selon la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation, plus précisément :

*La fin de non-recevoir tirée (du) principe selon lequel nul ne peut se contredire au détriment d'autrui sanctionne l'attitude procédurale consistant pour une partie, au cours d'une même instance, à adopter des positions contraires ou incompatibles entre elles dans des conditions qui induisent en erreur son adversaire sur ses intentions*<sup>4</sup>.

La Cour de cassation subordonne donc l'existence de cette fin de non-recevoir à trois conditions nécessaires et cumulatives :

- En premier lieu, la partie au litige doit avoir successivement adoptée des positions contraires ou incompatibles entre elles ;
- En deuxième lieu, la modification par la partie de sa position doit se produire au cours d'une même instance, et non affecter une prétention soutenue soit antérieurement à l'introduction de l'instance<sup>5</sup>, soit dans une instance distincte<sup>6</sup>.
- En troisième lieu, les positions contraires ou incompatibles adoptées par le plaideur doivent avoir induit l'adversaire en erreur sur l'intention de son auteur<sup>7</sup>.

Ces conditions sont fort strictes. Aussi bien la Cour de cassation se refuse-t-elle, la plupart du temps, à accueillir la fin de non-recevoir tirée de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui<sup>8</sup>.

Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat*, thèse Aix-Marseille, préf. R. Bout, LGDJ, 2000, n° 99 ; J. Mestre et B. Fages « L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui », *RTD civ.* 2002, p. 93, n° 7 et les arrêts cités ; des mêmes auteurs « Peut-on mettre en œuvre des stipulations contractuelles tendant à garantir sa créance après avoir d'abord accordé des délais de paiement ? », *RTD. civ.* 2005, p. 129, n° 11 et l'arrêt cité ; D. Mazeaud « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle », in : *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, PUF et Éditions du Jurisclasseur, 1999, 603 et suiv., n° 12, p. 614-616 ; D. Mazeaud, obs. préc. ; D. Houtcieff « Le principe de cohérence : vingt ans après », in : *Mélanges en l'honneur de Jacques Mestre*, LGDJ, 2009, p. 533 et suiv.

<sup>1</sup> Cf., visant « le principe selon lequel nul ne peut se contredire au détriment d'autrui » et l'érigeant en fin de non-recevoir : Com. 20 septembre 2011, n° 10-22888, *B. IV*, n° 132 ; *D.* 2011, 2345, obs. X. Delpech ; *Procédures* 2011, repère 11, obs. H. Croze ; *RTD civ.* 2011, 760, obs. B. Fages ; Civ. 1, 22 octobre 2014, n° 12-29265, *B. I*, n° 176 ; Civ. 1, 28 février 2018, n° 16-27823, *Procédures* 2018, *comm.* 154, L. Weiller ; *RTD civ.* 2018, 482, obs. N. Cayrol ; *Chunet* octobre 2018, n° 4, p. 18, *comm.* J. Jourdan-Marques.

<sup>2</sup> Cf. N. Dupont « L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui en procédure civile française », *RTD civ.* 2010, 459 et suiv. ; C. Maréchal « L'estoppel à la française consacré par la Cour de cassation comme principe général du droit », *D.* 2012, 167 ; G. Bolard « Le droit de se contredire au détriment d'autrui ? », *JCP* 2015, *Act.* 146 ; O. Baldes, « L'estoppel ou l'approche renouvelée des systèmes d'interdiction de l'auto-contradiction en procédure civile », *Procédure* n° 3, mars 2013, étude 5 ; Houtcieff, *Droit des contrats*, n° 653 et 653-1.

<sup>3</sup> Ass. plén. 27 février 2009, n° 07-19841, *B. Ass. plén.*, n° 1 ; *D.* 2009, 1245, note D. Houtcieff ; *D.* 2010, *Pan.* 169, obs. N. Fricero ; *JCP* 2009, II, 10073, note P. Callé ; *JCP* 2009, I, 142, n° 7, obs. Y.-M. Serinet.

<sup>4</sup> Civ. 2, 15 mars 2018, n° 17-21991, *B. II*, n° 49 ; *Dalloz Actualités* 6 avril 2018, obs. M. Kebir ; *JCP* 2018, 395, note C. Hablot ; *JCP E*, 14 juin 2018, 1311, note N. Dupont ; *Procédures* 2018, *comm.* 138, note Y. Strickler ; Civ. 2, 4 juin 2020, n° 19-13282.

<sup>5</sup> Civ. 2, 22 juin 2017, n° 15-29202, *B. II*, n° 144 ; *Dalloz actualités* 5 juillet 2017, obs. M. Kebir ; *JCP* 17 juillet 2017, 816, obs. D. Cholet ; *JCP* 2017, *doctr.* 1355, n° 5, obs. R. Libchaber ; *Gaz. Pal.* 31 octobre 2017, p. 62, obs. L. Raschel ; *RTD civ.* 2017, 725, obs. N. Cayrol ; *LEDC* sept. 2017, n° 110, p. 6, obs. G. Guerlin : Méconnaît le principe selon lequel nul ne peut se contredire au détriment d'autrui, une cour d'appel qui tient compte des allégations d'une partie, antérieures à la procédure dont elle est saisie, alors que cette dernière n'a pas modifié ses prétentions au cours du débat judiciaire ; Civ. 2, 15 mars 2018, n° 17-21991, préc. ; cf. ég. Civ. 2, 15 mars 2018, n° 17-21992 ; Civ. 2, 15 mars 2018, n° 17-21993 ; Civ. 2, 15 mars 2018, n° 17-21994 ; Civ. 2, 15 mars 2018, n° 17-21997 ; Civ. 2, 15 mars 2018, n° 17-21998.

<sup>6</sup> Civ. 2, 4 juin 2020, préc.

<sup>7</sup> Civ. 1, 24 septembre 2014, n° 13-14534, *B. I*, n° 154 ; *D.* 2015, 649, obs. M. Douchy-Oudot ; *JCP* 2014, 1141, note D. Houtcieff ; *ibid.* 1232, n° 4, obs. Y.-M. Serinet ; *LPA* 2014, n° 237, note F. Brus ; *RTD civ.* 2015, 452, obs. N. Cayrol ; Civ. 2, 15 mars 2018, préc.

<sup>8</sup> Civ. 3, 18 janvier 2012, n° 11-10389, *B. III*, n° 12 ; Civ. 2, 14 novembre 2013, n° 12-25835, *B. II*, n° 221 ; Civ. 3, 18 décembre 2013, n° 12-18439, *B. III*, n° 169 ; Civ. 1, 24 septembre 2014, préc. ; Com. 10 février 2015, n° 13-28262, *B. IV*, n° 17 ; *D.* 2016, 453, obs. N. Fricero ; *JCP* 2015, 470, note N. Fricero ; *JCP E* 2015, 1189, note N. Dupont ; *Procédures* 2015, n° 108, obs. H. Croze ; *CCC* 2015, n° 85, note N. Mathey ; *Gaz. Pal.* 16 juin 2015, p. 29, note E. Piwnica ; *RTD civ.* 2015, 452, obs. N. Cayrol ; *RLDC* mai 2015, 66, obs. C. Bléry ; Com. 19 mai 2015, n° 14-17321 ; Com. 19 mai 2015, n° 14-17553 ; Soc. 22 septembre 2015, n° 14-16947, *B. V*, n° 173 ; *D.* 2015, *Actu.* 1961 ; *JCP* 2015, 1304, obs. S. Amrani-Mekki ; *ibid.* 2016, 80, note D. Cholet ;

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Panthéon-Assas  
Licence droit 3ème année Melun 2023-2024

Les raisons de sa prudence sont aisées à comprendre. Élever sans restrictions l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui au rang de fin de non-recevoir générale aurait tantôt entraîné une immutabilité rigoureuse du litige, allant au-delà des termes de l'article 4, alinéa 2, du Code de procédure civile, tantôt une extension de l'autorité de la chose jugée au-delà des limites posées par l'article 1355 du Code civil.

En premier lieu, diverses dispositions du Code de procédure civile autorisent un plaideur à soulever des moyens inédits, auxquels il n'avait initialement point songé ou dont il avait même choisi de différer l'invocation, en cours d'instance voire en cause d'appel seulement (articles 563 et suiv.) : défense au fond (article 72), fin de non-recevoir (article 123) et même certaines exceptions de procédure, principalement l'exception de nullité pour irrégularité de fond affectant un acte de procédure (article 118)<sup>1</sup>.

Or une application sans discernement de *l'estoppel* aboutirait à tenir en échec cette liberté reconnue au plaideur de conduire sa stratégie judiciaire comme bon lui semble, sous diverses restrictions légales destinées à interdire les abus, telle celle imposant de soulever la plupart des exceptions de procédure *in limine litis* (article 74 du Code de procédure civile). Toute habileté tactique ne saurait être proscrite comme une manifestation de déloyauté envers l'adversaire<sup>2</sup>, à peine de dépouiller le plaideur des armes que le Code de procédure civile met à sa disposition, pour mener son combat judiciaire.

Comme l'écrivait Jean Carbonnier<sup>3</sup>, insistant sur les limites que le principe de loyauté procédurale, dont *l'estoppel* représente un aspect, doit nécessairement rencontrer :

*« si les coups bas sont interdits, les simples ruses de guerre ne le sont pas : il y a dans le procès un combat, à tout le moins un match. »*

[...]

*« En pratique un minimum de loyauté est assuré par la déontologie qui gouverne les rapports entre avocats, ainsi que par le contrôle du juge. A condition de respecter ce minimum, chaque partie peut se sentir invitée par l'article 9 [du Code de procédure civile] à travailler pour le succès de sa prétention, à laisser un instant la vérité unique pour sa propre vérité.*

*« Une des ruses de guerre les plus banales – plus ou moins mythiquement imitée des grands généraux de l'histoire – consiste à graduer l'argumentation, en réservant aux plaidoiries le coup décisif. »*

En second lieu, l'article 1355 du Code civil – ancien article 1351 du Code civil – soumet l'autorité de la chose jugée à une triple condition d'identité de parties, de cause et d'objet<sup>4</sup>. Or la Cour de cassation n'entend pas que, sous couvert d'*estoppel*, une fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée acquise par une précédente décision devenue définitive, soit en réalité opposée à un plaideur, alors que les conditions de l'article 1355 du Code civil – ancien article 1351 – ne sont pas réunies, notamment parce la nouvelle demande a un objet distinct de la demande sur laquelle une juridiction a déjà définitivement statué<sup>5</sup>.

#### D. Condition relative aux pouvoirs de la juridiction saisie

La fin de non-recevoir tient alors au fait que la demande formée méconnaît l'étendue des pouvoirs du juge saisi<sup>6</sup>. Une telle fin de non-recevoir se rencontre fréquemment dans la pratique.

Ex. irrecevabilité d'une demande en référé non justifiée par l'urgence (article 834 du Code de procédure civile) ou se heurtant à une contestation sérieuse ; ou bien d'une demande en référé-provision ayant pour objet une créance à l'existence sérieusement contestable (article 835, alinéa 2, du Code de procédure civile).

---

*ibid.* S. 2015, 1455, note A. Bugada ; *ibid.* E 2015, 1573, note N. Dupont ; *Gaz. Pal.* 22 décembre 2015, p. 25, note V. Orif ; *Dr. soc.* 2015, 945, note J. Mouly ; Civ. 1, 28 octobre 2015, n° 14-22207, B. I, n° 256 ; *JCP* 2016, 80, note D. Cholet ; *ibid.* 153, note E. Treppoz ; *Gaz. Pal.* 22 décembre 2015, p. 39, obs. S. Amrani-Mekki ; Civ. 3, 3 novembre 2016, n° 15-25427, B. III, n° 149 ; rapp. Civ. 2, 13 novembre 2014, n° 13-24142, B. II, n° 227 : le principe interdisant de se contredire au détriment d'autrui ne peut rendre irrecevable l'appelant incident, qui a conclu au fond, à invoquer la caducité de l'appel sur le fondement de l'article 908 du Code de procédure civile ; Civ. 1, 11 février 2015, n° 13-21478, B. I, n° 35 et Civ. 2, 28 mai 2015, n° 14-17731 : arrêts écartant péremptoirement le grief tiré du principe selon lequel nul ne peut se contredire au détriment d'autrui, au motif que ce grief n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation.

<sup>1</sup> *Cf. infra* : section 2 « Exercice de l'action en justice », § 2 « Régime de l'action en justice », B. « Les moyens de défense ».

<sup>2</sup> *Cf. Baldes, op. cit.*, n° 24 et suiv.

<sup>3</sup> Carbonnier, *Droit civil*, t. I, n° 188, p. 363 ; *cf. Baldes, op. cit.*, n° 33.

<sup>4</sup> *Cf. infra* : 3ème partie : « Le dénouement du procès », titre I « Le jugement », chap. IV « Effets du jugement », section 2 « Autorité de la chose jugée », § 3 « Etendue de l'autorité de la chose jugée ».

<sup>5</sup> Ass. plén. 27 février 2009, préc. ; Soc. 22 septembre 2015, préc. ; Baldes, *op. cit.*, n° 18, 19 et 30.

<sup>6</sup> Civ. 2, 8 janvier 2015, n° 13-21044, B. II, n° 3 : le moyen de défense tiré du défaut de pouvoir juridictionnel de la juridiction saisie – en l'occurrence le juge de l'exécution – constitue une fin de non-recevoir, et non une exception d'incompétence. Il n'y a donc pas lieu de renvoyer l'affaire devant une autre juridiction, comme lorsque le juge accueille une exception d'incompétence (*cf. infra* : titre II « La compétence », chap. III « Règlement des incidents de compétence »).



Remarque : c'est la raison pour laquelle il vaut mieux n'employer le référé que lorsque le gain de temps par rapport à une instance au fond qui en résulte, est suffisant pour compenser l'aléa inhérent à la notion d'urgence ou de contestation sérieuse.

Ex. irrecevabilité d'une demande tenant à l'immunité de juridiction dont le défendeur bénéficie<sup>1</sup>.

## Section 2 : Exercice de l'action en justice

L'exercice de l'action en justice :

- est soumis à certaines conditions
- obéit à certaines modalités dans sa mise en œuvre

### § 1 Conditions d'exercice de l'action en justice

Les conditions d'exercice de l'action en justice sont à distinguer de ses conditions d'existence, car, si elles font défaut, la sanction est différente :

- Le défaut d'une condition d'existence de l'action entraîne l'irrecevabilité de la demande en justice pour défaut de droit d'agir (articles 32 et 122 du Code de procédure civile) ou, par extension, l'irrecevabilité d'un moyen de défense destiné à combattre une prétention, pour défaut de droit d'agir (*cf.* article 30, alinéa 2, du Code de procédure civile).
- Le défaut d'une condition d'exercice de l'action entraîne l'irrégularité de la demande, invoquée par la voie d'une exception de procédure, l'exception de nullité pour irrégularité de fond (article 117 du Code de procédure civile) ou, par extension, la nullité pour irrégularité de fond de l'acte de procédure par lequel le défendeur soulève un moyen de défense.

Remarque : l'intérêt pratique de la distinction entre conditions d'existence et conditions d'exercice de l'action en justice est restreint, car le régime procédural de l'exception de nullité pour vice de fond est, en grande partie, aligné sur celui de la fin de non-recevoir<sup>2</sup>.

Les deux conditions d'exercice de l'action en justice sont la capacité et le pouvoir.

#### A. La capacité d'ester en justice en son propre nom

L'action en justice étant un acte ordinaire de la vie civile, sont en principe incapables d'agir les mineurs non émancipés et les majeurs protégés.

Cependant ce principe connaît certains tempéraments. Ainsi, contrairement au majeur sous tutelle, frappé de l'incapacité d'exercice, le majeur sous curatelle peut-il agir, avec l'assistance de son curateur<sup>3</sup>, que ce soit comme demandeur ou comme défendeur (article 468, alinéa 3, du Code civil). Quant au majeur placé sous la sauvegarde de la justice, il peut en principe agir seul (article 435, alinéa 1er, du Code civil).

#### B. Le pouvoir d'ester en justice au nom d'autrui

Le pouvoir ne se confond ni avec la qualité pour agir<sup>4</sup>, ni avec la capacité à agir<sup>5</sup>. Il est exigé dans l'hypothèse d'une représentation d'autrui en justice. Sa source est soit légale, soit conventionnelle, soit encore judiciaire.

<sup>1</sup> Civ. 1, 27 avril 2004, *B. I.*, n° 114.

<sup>2</sup> *Cf. infra* : § 2 « Mise en œuvre de l'action en justice », B. « Les moyens de défense », 3 « Les fins de non-recevoir », c. « Régime juridique des fins de non-recevoir » et deuxième partie « L'instance », titre I « Cadre juridique de l'instance », chap. III « Formalisme de l'instance (les actes et délais de procédure) », section 1 « Les actes de procédure », § 3 « Sanction des irrégularités affectant un acte de procédure », B. « Régime procédural de la nullité ».

<sup>3</sup> Mais en aucun cas tout seul : Civ. 1, 23 septembre 2015, n° 14-19048, *B. I.*, n° 237 (déclarant toutefois à tort irrecevable la demande formée par le majeur en curatelle seul, alors qu'elle était nulle pour défaut de capacité, en application de l'article 117 du Code de procédure civile) ; Civ. 1, 8 juin 2016, n° 15-19715, *B. I.*, n° 132.

<sup>4</sup> *Cf. supra*.

<sup>5</sup> *Cf. supra*.

### 1. Pouvoir légal d'agir en justice au nom d'autrui

Il se rencontre dans deux hypothèses distinctes.

#### a. Représentation d'une personne physique dépourvue en droit de la capacité à agir

Le demandeur ne peut alors solliciter la sanction de ses droits qu'en se faisant représenter dans l'exercice de l'action. Le pouvoir du représentant supplée alors le défaut de capacité du représenté.

#### b. Représentation d'une personne morale dans l'incapacité en fait d'agir

La personne morale étant une essence abstraite, il lui faut nécessairement agir par le truchement d'une personne physique, qui ait pouvoir de la représenter, à savoir ses dirigeants. Si la personne exerçant l'action au nom de la personne morale n'a pas de pouvoir, l'assignation est entachée de nullité pour irrégularité de fond (article 117, alinéa 2, du Code de procédure civile)<sup>1</sup>.

Il est arrivé néanmoins dans le passé à la Cour de cassation, en matière de copropriété, de déclarer irrecevable pour défaut de qualité l'action engagée par un syndic, qui, en violation de l'article 55, alinéa 1er, du décret du n° 67-223 du 17 mars 1967 pris pour l'application de la loi du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis, avait été en justice au nom du syndicat des copropriétaires, sans y avoir été préalablement autorisé par ce dernier<sup>2</sup>. Elle qualifiait ainsi à tort une irrégularité de fond affectant l'acte introductif d'instance de fin de non-recevoir pour défaut de qualité. La Cour de cassation a encore récemment sous-entendu une telle confusion, en niant la « qualité » du président démissionnaire d'une société par actions simplifiée à la représenter dans une instance<sup>3</sup>.

Cette confusion entre pouvoir pour exercer l'action en justice au nom d'autrui et qualité pour agir est, il est vrai, souvent sans conséquence, car le régime procédural de la nullité des actes de procédure pour irrégularité de fond et celui des fins de non-recevoir sont proches<sup>4</sup> : faculté d'invoquer le moyen de défense en tout état de cause, sanction encourue même en l'absence de texte la prévoyant expressément, régularisation possible. Toutefois, contrairement à la fin de non-recevoir pour défaut de qualité (article 125, alinéa 2, du Code de procédure civile), la nullité d'un acte de procédure pour défaut de pouvoir ne peut être soulevée d'office par le juge à moins qu'elle n'ait un caractère d'ordre public, ce qui semble bien difficile à envisager (article 120, alinéa 1er, du même code<sup>5</sup>). On ne peut donc que se féliciter que, dans ses arrêts récents<sup>6</sup>, la troisième Chambre civile soit revenue à l'orthodoxie, en qualifiant le défaut de pouvoir du syndic de nullité de fond et en la soumettant, par voie de conséquence, au régime procédural des articles 117 à 121 du Code de procédure civile.

### 2. Pouvoir conventionnel d'agir en justice au nom d'autrui

Il résulte d'un mandat conférant pouvoir à agir au mandataire, au nom du mandant. Le mandat d'agir est nécessairement écrit et spécial. La règle « *nul ne plaide par procureur* » impose alors de faire figurer dans tous les actes de procédure, à peine de nullité, les noms du représentant et du représenté, afin de ne pas masquer à l'adversaire l'identité de ce dernier.

### 3. Pouvoir judiciaire d'agir en justice au nom d'autrui

Il existe différentes hypothèses de mandataires *ad hoc*, prévues par la loi ou reçues en jurisprudence. La nomination intervient souvent par la voie d'un référé.

Ex. administrateur *ad hoc* désigné par le président du tribunal judiciaire statuant en référé pour représenter une copropriété dépourvue de syndic et où les copropriétaires sont en litige au point que le fonctionnement de la copropriété s'en trouve paralysé.

## § 2 Mise en œuvre de l'action en justice

La définition de l'action mérite, au préalable, d'être rappelée. Aux termes de l'article 30, déjà cité, du Code de procédure civile :

<sup>1</sup> Cf. par ex. Com. 10 février 1998, n° 95-20924, B. IV, n° 62.

<sup>2</sup> Civ. 3, 15 novembre 1995, B. III, n° 235 ; Civ. 3, 11 février 1998, D. 2000, *somm.* 142, obs. P. Capoulade.

<sup>3</sup> Com. 12 mai 2015, B. IV, n° 79.

<sup>4</sup> Cf. *infra*.

<sup>5</sup> Cf. Civ. 3, 9 avril 2008, n° 07-13236, B. III, n° 67 ; D. 2008, *pan.* 2696, obs. Ch. Atias et P. Capoulade ; JCP 2008, II, 10146, note M. Roux ; *Rev. loyers* 2008, 339, note A. Guégan ; *Loyers et copr.* 2008, n° 138, note G. Vigneron.

<sup>6</sup> Civ. 3, 11 mai 2000, B. III, n° 103 ; Civ. 3, 6 mai 2003, n° 00-20819, B. III, n° 97 ; Civ. 3, 26 avril 2006, B. III, n° 104 ; surtout : Civ. 3, 9 avril 2008, préc.

« L'action est le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée.  
« Pour l'adversaire, l'action est le droit de discuter le bien-fondé de cette prétention. »

L'action doit ainsi être envisagée tant du côté du demandeur que du défendeur, puisqu'elle est dirigée vers autrui. Il convient donc de suivre l'ordre du Code de procédure civile (livre I, titres IV et V), en examinant successivement :

- A. Les demandes en justice
- B. Les moyens de défense

#### A. Les demandes en justice

le titre IV du livre I est intitulé « *La demande en justice* ». Mais il en existe en réalité plusieurs, aux effets toutefois communs.

##### 1. Variétés de demandes en justice

On distingue la demande initiale des demandes incidentes.

##### a. La demande initiale

Elle est définie par l'article 53 du Code de procédure civile :

« *La demande initiale est celle par laquelle un plaideur prend l'initiative d'un procès en soumettant au juge ses prétentions.*  
« *Elle introduit l'instance.* »

Outre les effets communs à toutes les demandes<sup>1</sup>, la demande initiale entraîne des effets qui lui sont propres. Elle emprunte par ailleurs différentes formes, selon la fonction qu'elle est appelée à remplir et selon la juridiction saisie.

##### α) Effets propres à la demande initiale

Ces effets sont au nombre de deux : la demande initiale détermine l'objet du litige, d'une part ; elle introduit l'instance, d'autre part.

- Détermination de l'objet du litige

Aux termes de l'article 4 du Code de procédure civile, en effet :

« *L'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties.*  
« *Ces prétentions sont fixées par l'acte introductif d'instance et par les conclusions en défense. Toutefois l'objet du litige peut être modifié par les demandes incidentes lorsque celles-ci se rattachent aux prétentions originaires par un lien suffisant.* »

- Introduction de l'instance

Cet effet est énoncé par l'article 53, alinéa 2, précité du Code de procédure civile. Il signifie que la demande initiale emporte saisine de la juridiction devant laquelle cette demande est portée. Pour cette raison, on l'appelle également demande introductive d'instance.

Remarque : la demande initiale est parfois encore dénommée demande principale<sup>2</sup>. Mais cette expression, que le Code de procédure civile n'emploie pas, présente le défaut d'être équivoque<sup>3</sup>. En effet, l'expression de demande principale est aussi utilisée dans un tout autre sens, pour distinguer celle-ci d'une ou plusieurs demandes subsidiaires.

<sup>1</sup> Cf. *infra*.

<sup>2</sup> Fricero et Julien, *Procédure civile*, n° 101.

<sup>3</sup> Cadiet et Jeuland, *op. cit.*, n° 448.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Panthéon-Assas  
Licence droit 3ème année Melun 2023-2024

Ex. propriétaire d'un terrain victime d'un empiètement sollicitant, à titre principal, la démolition de la partie de construction empiétant sur son terrain et, à titre subsidiaire, le versement d'une indemnité en réparation du dommage causé par l'usurpation.

### β) Formes de la demande initiale<sup>1</sup>

Il convient de distinguer la forme de la demande initiale en matière gracieuse et en matière contentieuse.

- Formes de la demande initiale en matière gracieuse

Aux termes de l'article 60 du Code de procédure civile : « *En matière gracieuse, la demande est formée par requête.* » L'article 61 du même code précise, à cet égard, que « *Le juge est saisi par la remise de la requête au greffe de la juridiction.* »

L'article 60 ne définit pas la requête introductive d'instance en matière gracieuse, ni ne précise les mentions qu'elle doit obligatoirement convenir. Il échet donc de se reporter aux dispositions plus précises des articles 54 et 57 du Code de procédure civile, relatifs à la requête conjointe et à la requête unilatérale en matière contentieuse. En effet, suivant les cas, une procédure gracieuse est initiée par une requête unilatérale<sup>2</sup> ou par une requête conjointe<sup>3</sup>.

- Formes de la demande initiale en matière contentieuse

Aux termes de l'article 54, alinéa 1er, du Code de procédure civile, en sa rédaction issue du décret du 11 décembre 2019 : « *La demande initiale est formée par assignation ou par requête remise ou adressée au greffe de la juridiction. La requête peut être formée conjointement par les parties.* »

Ainsi la demande en matière contentieuse peut-elle revêtir deux formes distinctes, l'assignation ou la requête. Cette dernière elle-même se subdivise en deux espèces, puisqu'elle peut être unilatérale ou conjointe.

Antérieurement au décret du 11 décembre 2019, l'article 54 du Code de procédure civile distinguait quatre formes pour la demande initiale :

« *Sous réserve des cas où l'instance est introduite par la présentation volontaire des parties devant le juge, la demande initiale est formée par assignation, par remise d'une requête conjointe au greffe de la juridiction ou par requête ou déclaration au greffe de la juridiction.* »

Mais la présentation volontaire, vestige d'une époque où le juge du paix pouvait entendre les parties à leur demande, n'était plus utilisable depuis longtemps en pratique.

Quant à la déclaration au greffe, elle consistait en un acte unilatéral par lequel le justiciable saisissait le tribunal d'instance d'une demande d'un montant déterminé, inférieur ou égal à 4 000 € (ancien article 843 du Code de procédure civile). Le greffe du tribunal d'instance se chargeait alors de convoquer les parties à l'audience, le défendeur par lettre en recommandé A.R. et le demandeur par tous moyens (ancien article 844 du code). Mais la notion de déclaration unilatérale se distinguait mal intellectuellement de celle de requête unilatérale, utilisée dans d'autres procédures que celle évoquée devant le tribunal d'instance<sup>4</sup>. Déclaration au greffe et requête unilatérale étaient en effet soumises à des formes communes (ancien article 58 du Code de procédure civile), si bien que leur distinction semblait artificielle. Aussi bien, le décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019, pris pour l'application de la loi de programmation de la justice du 23 mars 2019 a-t-il remplacé l'ancienne déclaration au greffe devant le tribunal d'instance par la requête unilatérale devant le tribunal judiciaire, par laquelle le justiciable peut saisir ce dernier lorsque la procédure orale ordinaire est applicable, soit aux fins de tentative préalable de conciliation, soit lorsque la demande qu'il forme est d'un montant déterminé inférieur ou égal à 5000 € (article 818, alinéa 2, du Code de procédure civile)<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Chainais et *alii*, *op. cit.*, n° 904 et suiv.

<sup>2</sup> Par exemple, une demande en modification de la mention du sexe et, le cas échéant, des prénoms, dans un acte de l'État civil (articles 61-5 et 61-6 du Code civil et articles 1055-5 et suiv. du Code de procédure civile, not. art. 1055-6 et 1055-7).

<sup>3</sup> Par exemple, requête en adoption plénière ou simple d'un enfant, formée par deux époux (articles 343 et suivants du Code civil et 1166 et suivants du Code de procédure civile).

<sup>4</sup> *Cf. infra*.

<sup>5</sup> *Cf. infra* : deuxième partie « L'instance », titre II « Déroulement de l'instance », chap. I « Les procédures devant le tribunal judiciaire », section 2 « La procédure orale », § 1 « La procédure orale ordinaire », B. « Déroulement de la procédure orale ordinaire », 2. « La procédure aux fins de jugement », a. « Saisine du tribunal », β) « Requête unilatérale ».

Ce même décret du 11 décembre 2019 a parallèlement réduit les modes de saisine à deux : assignation et requête. Mais, dans le même temps, il a soumis ces deux actes à des exigences de forme bien plus complexes que dans le droit antérieur, en particulier la requête<sup>1</sup>. La simplification des modes de saisine cache une complexification du contenu obligatoire des actes de saisine. Bien que, par exception, le ministère d'avocat reste facultatif dans certaines procédures applicables devant le tribunal judiciaire, le justiciable profane rencontrera bien des difficultés, en pratique, pour établir sa demande initiale sans recourir à un professionnel de droit<sup>2</sup>. L'objectif poursuivi est, une fois de plus, et d'une manière particulièrement hypocrite en l'occurrence, de dissuader les justiciables de saisir eux-mêmes le tribunal pour de petits litiges, ceux que les technocrates et autres bureaucrates du ministère de la justice estiment ne mériter qu'une justice au rabais rendue par un conciliateur de justice la plupart du temps largement ignorant des règles de droit.

La demande initiale doit impérativement satisfaire à un certain formalisme, quel que soit le support qu'elle emprunte, assignation ou requête. On l'examinera tout d'abord, avant de traiter plus spécifiquement de l'assignation et de la requête.

- Formalisme gouvernant la demande initiale en général

Qu'elle soit formée par assignation ou par requête, la demande initiale doit comporter certaines mentions. Elle ne saisit le tribunal que si elle est remise ou adressée au greffe.

En sa rédaction à nouveau modifiée par un décret n° 2020-1452 du 27 novembre 2020, moins d'un an après avoir été modifié une première fois par le décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019<sup>3</sup>, l'article 54 du Code de procédure civile, tout d'abord, prévoit que la demande initiale doit, à peine de nullité, comporter les mentions suivantes :

- « 1° L'indication de la juridiction devant laquelle la demande est portée ;
- 2° L'objet de la demande ;
- 3° a) Pour les personnes physiques, les nom, prénoms, profession, domicile, nationalité, date et lieu de naissance de chacun des demandeurs ;
- b) Pour les personnes morales, leur forme, leur dénomination, leur siège social et l'organe qui les représente légalement ;
- 4° Le cas échéant, les mentions relatives à la désignation des immeubles exigées pour la publication au fichier immobilier ;
- 5° Lorsqu'elle doit être précédée d'une tentative de conciliation, de médiation ou de procédure participative, les diligences entreprises en vue d'une résolution amiable du litige ou la justification de la dispense d'une telle tentative. »

Les mentions obligatoires prescrites à peine de nullité de la demande initiale par l'article 54, 1°, 2° et 3° sont destinées assurer le respect des droits de la défense. Il est indispensable en effet que, pour s'organiser, le défendeur sache devant quelle juridiction le litige est porté, ce qu'on lui réclame et qui le lui réclame.

Quant à l'article 54, 5°, il exige que la demande initiale, « lorsqu'elle doit être précédée d'une tentative de conciliation, de médiation ou de procédure participative », mentionne, à peine de nullité, « les diligences entreprises en vue d'une résolution amiable du litige ou la justification de la dispense d'une telle tentative. »

L'article 750-1 du Code de procédure civile impose, on s'en souvient, aux parties de recourir préalablement à un M.A.R.D. lorsque la demande porte sur un montant inférieur ou égal à 5 000 € ou lorsqu'elle se rapporte à un conflit de voisinage ou à un trouble anormal de voisinage<sup>4</sup>. La méconnaissance de cette obligation est sanctionnée par l'irrecevabilité de la demande, que le juge peut prononcer d'office<sup>5</sup>. L'article 750-1 ne dispense les parties de ladite obligation que dans un nombre de cas limitativement énumérés<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Cf. *infra*.

<sup>2</sup> M.-P. Mourre-Schreiber « Simplification des modes de saisine », *Dalloz Actualités* 20 janvier 2020, dossier *Réforme de la procédure civile*.

<sup>3</sup> Cette manière consternante d'accumuler des réformes improvisées à quelques mois d'intervalle, au point que plus personne ne s'y retrouve, se passe de commentaires. Les magistrats sur le terrain et les avocats en ont plus qu'assez de la façon déplorable dont les magistrats et autres énarques et technocrates de la Chancellerie légifèrent.

<sup>4</sup> Cf. *supra* : Introduction générale, section 2 « Le litige », § 2 « Solution du litige », B. « Solution amiable du litige », 2. « Les M.A.R.D. », c. « Incitation légale contemporaine à recourir aux M.A.R.D. »

<sup>5</sup> *Ibid.*

<sup>6</sup> *Ibid.*

Il résulte de l'article 54, 5° du même code que, lorsque le recours préalable à un M.A.R.D. est obligatoire, le demandeur doit en outre préciser, dans son acte introductif d'instance, les diligences entreprises en vue d'une résolution amiable du litige ou justifier de la dispense d'une telle tentative, à peine de nullité de sa demande. L'obligation substantielle de recourir à un M.A.R.D. se double donc d'une obligation formelle pour le demandeur de préciser, dans l'acte introductif d'instance, s'il y a satisfait ou s'il se trouvait dans un cas exceptionnel de dispense. Néanmoins, l'exigence est, en l'état, dépourvue de portée pratique, puisque l'obligation légale de recourir préalablement à un M.A.R.D. dans certaines procédures a disparu.

Dans tous les cas, la demande n'est considérée comme formée que si l'acte lui servant de support est remis ou adressé au greffe de la juridiction (article 54, alinéa 1er, du Code de procédure civile) : à défaut, cette dernière n'en est pas effectivement saisie. Selon l'article 748-1 du Code de procédure civile, la remise peut être effectuée par voie électronique.

Celle-ci tend progressivement à devenir la voie habituelle de remise des actes de procédure destinés au tribunal. Elle est imposée dans la procédure écrite contentieuse – où le ministère d'avocat est obligatoire – devant le tribunal judiciaire (article 850, alinéa 1er, du Code de procédure civile), à peine d'irrecevabilité relevée d'office. L'auteur de la remise ne peut procéder à la remise sur support papier que s'il justifie d'une cause étrangère lui rendant impossible la remise par voie électronique (article 850, alinéa 2, du Code de procédure civile), cause étrangère dont il lui appartient de justifier<sup>1</sup>.

L'article 930-1 du Code de procédure civile formulait déjà une exigence identique à celle de l'article 850 pour la remise des actes de procédure dans la procédure d'appel avec représentation obligatoire. Aussi la jurisprudence qui s'est développée à propos de l'interprétation de l'article 930-1, doit-elle être transposée à l'interprétation de l'article 850. Selon la Cour de cassation, c'est, bien entendu, à l'auteur de la remise de justifier de l'existence d'une cause étrangère. Celle-ci n'implique pas nécessairement un cas de force majeure<sup>2</sup>, mais elle doit s'entendre d'une difficulté propre à la communication par voie électronique<sup>3</sup>. Bien entendu, la Cour de cassation exerce un contrôle sur la notion de cause étrangère : elle exige des juges du fond qu'ils en caractérisent l'existence<sup>4</sup> et, réciproquement, veille à ce qu'ils n'en affirment pas péremptoirement l'absence<sup>5</sup>.

Après avoir énoncé les deux formes que la demande initiale peut revêtir et précisé les mentions obligatoires qui leur sont communes, le Code de procédure civile traite successivement de l'assignation (articles 55 et 56), puis de la requête unilatérale ou conjointe (articles 57 et 58).

#### - L'assignation

L'article 55 du Code de procédure civile la définit comme « *l'acte d'huissier de justice par lequel le demandeur cite son adversaire à comparaître devant le juge* ».

A la différence de la requête<sup>6</sup>, l'assignation est donc un exploit d'huissier, signifié au défendeur. Aussi, comme l'indique l'article 56, alinéa 1er, *in limine*, doit-elle comporter les mentions que l'article 648 du Code de procédure civile prescrit impérativement pour

<sup>1</sup> Civ. 2, 1er juin 2017, n° 16-18361, B. II, n° 117 ; D. 2017, 1868, obs. E. de Leiris : requête en déféré dans la procédure d'appel soumise à l'article 930-1 du Code de procédure civile, imposant également la voie électronique pour la remise des actes de procédure dans la procédure d'appel avec représentation obligatoire.

<sup>2</sup> Civ. 2, 16 novembre 2017, n° 16-24864, B. II, n° 214 ; D. 2018, 52, note C. Bléry ; *ibid.* 757, obs. E. de Leiris : l'impossibilité d'une remise des conclusions par voie électronique en raison de leur taille, supérieure à la limite de 4 Mo imposée par le système, peut constituer une cause étrangère à celui qui accomplit l'acte de procédure ; dans le même sens : Civ. 2, 19 mai 2022, n° 21-10423 (B) ; D. Act. 7 juin 2022, obs. C. Bléry ; Civ. 2, 10 juin 2021, n° 20-10522 (P) ; D. Act. 21 juin 2021, obs. C. Bléry : panne de trois jours touchant le matériel informatique du conseil de l'appelant et empêchant la navigation sur Internet ; Soc. 7 juillet 2021, n° 18-22053 : retard de l'opérateur à délivrer une clé informatique donnant accès à la communication électronique, alors que l'avocat justifiait des diligences accomplies en temps utile pour obtenir le renouvellement de cette clé.

<sup>3</sup> Civ. 2, 27 septembre 2018, n° 17-20930 (P) ; BICC n° 895, 1er février 2019, n° 70 ; JCP 2018, *doctr.* 1288, n° 8, obs. L. Mayer : aussi, ne constitue pas une telle difficulté l'absence de restitution au demandeur, par l'huissier de justice ayant délivré une assignation à jour fixe, de la requête à fin d'être autorisé à assigner à jour fixe qui devait être jointe à l'assignation.

<sup>4</sup> Civ. 2, 6 septembre 2018, n° 16-14056 (P) ; JCP 2018, *doctr.* 1288, n° 8, obs. L. Mayer : cassation pour manque de base légale de l'arrêt s'étant borné à évoquer un « problème technique ».

<sup>5</sup> Civ. 2, 10 juin 2021 et Soc. 7 juillet 2021, préc. : cassation pour violation de l'article 930-1 du Code de procédure civile.

<sup>6</sup> Cf. *infra*.

tout acte d'huissier, à peine de nullité de celui-ci.

L'assignation est la forme que la demande initiale emprunte le plus fréquemment en matière contentieuse. Comme l'énonce l'article 750, alinéa 1er, du Code de procédure civile, à propos de la procédure contentieuse devant le tribunal judiciaire, « *La demande en justice est formée par assignation.* » L'alinéa 2 du texte ajoute, certes, que la demande peut aussi être formée par requête unilatérale, mais seulement en certains cas.

Ainsi que l'indique également l'article 56, alinéa 1er, l'assignation doit impérativement, outre les mentions exigées de tout acte d'huissier et celles de tout acte par lequel une demande initiale est formée (article 54), contenir d'autres mentions qu'il énumère<sup>1</sup>. Il sanctionne expressément l'absence de ces mentions par la nullité de l'assignation<sup>2</sup> :

« 1° Les lieu, jour et heure de l'audience à laquelle l'affaire sera appelée ;

2° Un exposé des moyens en fait et en droit ;

3° La liste des pièces sur lesquelles la demande est fondée dans un bordereau qui lui est annexé ;

4° L'indication des modalités de comparution devant la juridiction et la précision que, faute pour le défendeur de comparaître, il s'expose à ce qu'un jugement soit rendu contre lui sur les seuls éléments fournis par son adversaire ».

Comme celles de l'article 54, 1° à 3°, ces mentions obligatoires, que l'article 56 prescrit à peine de nullité, sont destinées à assurer les droits de la défense.

La première mention obligatoire<sup>3</sup> s'explique par le fait que toute assignation est désormais à date, c'est-à-dire délivrée pour une date d'audience (articles 748-1, 751 et 754, alinéa 2, du Code de procédure civile). Le respect du principe de la contradiction impose que le défendeur soit informé dès l'assignation du lieu, du jour et de l'heure de l'audience à laquelle l'affaire sera appelée, afin qu'il puisse organiser sa défense.

Dans la procédure contentieuse ordinaire applicable devant le tribunal de grande instance antérieurement au décret du 11 décembre 2019, l'assignation n'était pas délivrée pour une date déterminée. C'était le président du tribunal qui, une fois l'assignation enrôlée au greffe, fixait les jour et heure auxquels l'affaire était appelée et désignait le cas échéant la chambre à laquelle l'affaire était distribuée (anciens articles 758 et 759 du Code de procédure civile). Mais l'affaire n'était pas jugée immédiatement : aux jour et heure fixés, les avocats convoqués et si nécessaire entendus, le président se bornait à décider de l'orientation de l'affaire, en examinant notamment si elle devait faire l'objet d'une instruction sous l'égide d'un juge de la mise en état ou si elle pouvait être renvoyée directement à une audience de jugement (anciens articles 760 et 761 du Code de procédure civile). En revanche, devant le tribunal d'instance, l'assignation était délivrée pour un lieu, un jour et une heure d'audience obtenue à l'avance du greffe : l'assignation devait les mentionner à peine de nullité (ancien article 855 du Code de procédure civile).

C'est ce dernier système que le législateur a retenu pour l'assignation devant le tribunal judiciaire, sauf à préciser que, dans la procédure écrite devant ce tribunal, l'audience à laquelle l'affaire est appelée n'est pas une audience de jugement, mais, comme auparavant devant le tribunal de grande instance, une audience d'orientation : le président de la chambre à laquelle l'affaire a été distribuée, décidera de l'orientation de l'affaire (articles 776 à 779 du Code de procédure civile). L'audience de jugement est une audience distincte, qui peut intervenir le jour même de l'audience d'orientation si l'affaire est en état d'être jugée (article 778, alinéa 4), mais qui, dans la très grande majorité des cas, se tiendra à une date ultérieure. En revanche, dans la procédure orale désormais applicable devant le tribunal judiciaire, de la même manière que naguère devant le tribunal d'instance, à la date d'audience indiqué sur l'assignation, le tribunal peut très bien juger directement l'affaire et trancher le litige. La date d'entrée en vigueur des nouvelles dispositions avait été

<sup>1</sup> La liste de ces mentions résulte actuellement d'un décret n° 2020-1452 du 27 novembre 2020, modifiant le décret n° 2019-1333 du... 11 décembre 2019 ! Encore bravo à la Chancellerie pour ces successions de modifications rapprochées dans le temps ! De telles inconséquences mériteraient d'être une source de responsabilité personnelle pour ceux qui y officient, envers les justiciables pris à contre-temps par l'ajout ou le retrait de mentions prescrites à peine de nullité dans l'acte de procédure servant de support à la demande initiale en justice.

<sup>2</sup> L'omission de ces mentions constitue une nullité de forme, susceptible d'entraîner la nullité de l'assignation uniquement s'il en résulte un grief pour son destinataire (article 114, alinéa 2, du Code de procédure civile) et à la condition qu'une régularisation ultérieure de l'assignation n'ait pas couvert la nullité (article 114 du Code de procédure civile). Ce grief consistera, la plupart du temps, dans l'atteinte portée aux droits de la défense : par exemple, le destinataire de l'assignation est laissé dans l'incertitude sur le droit que le demandeur invoque à son encontre et sur les moyens de fait et de droit invoqués à l'appui de la prétention. Cf., pour l'absence de grief causé au destinataire par l'omission de l'objet de la demande : Civ. 3, 6 octobre 2010, n° 09-66683, B. III, n° 182 ; Civ. 2, 28 juin 2018, n° 17-20189 ; par une erreur de mention relative au juge compétent, corrigée par la mention de l'objet de la demande : Civ. 3, 1er octobre 1997, n° 95-15843. D'une manière générale, sur les conditions de la nullité pour vice de forme d'un acte de procédure, cf. *infra* : 2ème partie « L'instance », titre I « Cadre juridique de l'instance », chap. III « Formalisme de l'instance (les actes et délais de procédure) », section 1 « Les actes de procédure », § 3 « Sanction des irrégularités affectant un acte de procédure », A. « Conditions de la nullité », 1. « Conditions de la nullité pour vice de forme ».

<sup>3</sup> C. Bléry « Prise de date d'audience devant le tribunal judiciaire », *Dalloz Actualités* 20 janvier 2020, dossier *Réforme de la procédure civile*.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Panthéon-Assas  
Licence droit 3ème année Melun 2023-2024

plusieurs fois reportée, car les greffes des tribunaux judiciaires n'étaient pas prêts. Mais, depuis le 1er juillet 2021<sup>1</sup>, toute assignation devant le tribunal judiciaire est obligatoirement à date<sup>2</sup>.

La deuxième mention spécifique que l'assignation doit impérativement comporter à peine de nullité se justifie par le fait qu'aux termes de l'article 56, dernier alinéa, l'assignation « vaut conclusions ». En effet, on le verra, dans la procédure écrite devant le tribunal judiciaire tout au moins, les conclusions doivent être qualificatives, c'est-à-dire qu'elles doivent formuler expressément les prétentions des parties ainsi que les moyens en fait<sup>3</sup> et en droit sur lesquels chacune de ces prétentions est fondée. L'assignation doit donc logiquement satisfaire la même exigence.

Toujours à peine de nullité, l'assignation doit contenir « *La liste des pièces sur lesquelles la demande est fondée dans un bordereau qui lui est annexé.* » Le législateur revient ainsi sur la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation. En effet, avant qu'il ne soit modifié par le décret du 11 décembre 2019, l'article 56 formulait déjà cette exigence, mais sans sanctionner sa violation par la nullité de l'assignation. Or, aux termes de l'article 114, alinéa 1er du Code de procédure civile, aucun acte de procédure ne peut être déclaré nul pour vice de forme si la nullité n'est pas expressément prévue par la loi, à moins que la formalité omise ne soit substantielle ou d'ordre public<sup>4</sup>. Et la Cour de cassation avait jugé que l'obligation d'énumérer dans l'assignation et par bordereau annexé les pièces sur lesquelles la demande est fondée, ne constituait pas une formalité substantielle ou d'ordre public, dont l'inobservation entraînerait la nullité de l'acte pour vice de forme<sup>5</sup>. Désormais la violation de cette obligation est sanctionnée expressément par la nullité de l'assignation, sous réserve toutefois que le défendeur prouve le grief qu'elle lui a causé (article 114, alinéa 2, du Code de procédure civile) et que l'assignation n'ait pas été ultérieurement régularisée (article 115 du Code de procédure civile)<sup>6</sup>.

Enfin (article 56, 4°), l'assignation doit indiquer, à peine de nullité, comment le défendeur peut comparaître devant la juridiction où le demandeur l'attire, ainsi que les conséquences attachées à son défaut de comparution.

Aux termes de l'article 56, dernier alinéa, l'assignation précise en outre, le cas échéant, la chambre désignée, mais cette dernière mention n'est pas prescrite à peine de nullité de l'acte.

Lorsque la demande initiale est formée par voie d'assignation, celle-ci est signifiée au défendeur par l'huissier, conformément aux règles prescrites par les articles 653 et suivants du Code de procédure civile. La juridiction ne sera alors saisie effectivement du litige que par le placement de l'assignation, c'est-à-dire par la remise d'une copie de celle-ci au greffe de la juridiction que le demandeur se propose de saisir (article 54, alinéa 1er, du Code de procédure civile et article 754, alinéa 1er, du même code pour la procédure contentieuse applicable devant le tribunal judiciaire)<sup>7</sup>.

Rappel : la remise s'effectue par voie électronique lorsque cela est possible (article 748-1 du Code de procédure civile). La remise électronique est même imposée dans la procédure écrite contentieuse devant le tribunal judiciaire, à peine d'irrecevabilité relevée d'office (article 850 du Code de procédure civile).

Concrètement, l'huissier retourne un des exemplaires de l'acte signifié au défendeur au demandeur – ce qu'on appelait naguère le « second original » et qui s'appelle aujourd'hui une « expédition » – à charge pour ce dernier de procéder au placement de l'acte, par la remise d'une copie de cette expédition au greffe.

<sup>1</sup> Décret n° 2020-1641 du 22 décembre 2020, article 1er, modifiant l'article 55-III du décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019. Un premier décret n° 2020-950 du 30 juillet 2020 avait déjà repoussé la date d'entrée en vigueur des nouvelles dispositions sur l'assignation « à date » au 1er janvier 2021. Dans le genre « c'est du grand n'importe quoi », on fait difficilement pire.

<sup>2</sup> E. Jeuland « Prise de date, prise de terre ! », *JCP* 2021, 703.

<sup>3</sup> Civ. 2, 22 octobre 2020, n° 19-15316 (P) ; *JCP* 23 novembre 2020, 1302, note R. Amaro : seuls les moyens en fait nécessaires à la défense doivent, à peine de nullité de l'assignation, figurer dans celle-ci.

<sup>4</sup> Cf. *infra* : 2ème partie « L'instance », titre I « Cadre juridique de l'instance », chap. III « Formalisme de l'instance (actes et délais de procédure) », section 1 « Les actes de procédure », § 3 « Sanctions des irrégularités affectant un acte de procédure », A. « Conditions de la nullité », 1. « Conditions de la nullité pour vice de forme ».

<sup>5</sup> Civ. 2, 3 avril 2003, n° 00-22066, B. II, n° 94 ; *Procédures* 2003, n° 132, obs. R. Perrot ; *contra* : TGI Marseille, 26 févr. 1973, *Gaz. Pal.* 1973, 1, 348, note Candas ; *RTD civ.* 1973, p. 612, obs. P. Raynaud.

<sup>6</sup> Cf. *infra* : 2ème partie « L'instance », titre I « Cadre juridique de l'instance », chap. III « Formalisme de l'instance (actes et délais de procédure) », section 1 « Les actes de procédure », § 3 « Sanctions des irrégularités affectant un acte de procédure », A. « Conditions de la nullité », 1. « Conditions de la nullité pour vice de forme ».

<sup>7</sup> Sous l'empire de l'ancien Code de procédure civile, la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation avait statué différemment. Elle avait en effet jugé que « *la saisine d'une juridiction résulte de l'assignation signifiée à la partie défenderesse* » ; que le placement et l'enrôlement de l'assignation « *n'ont pour effet que de permettre à la partie demanderesse de faire prendre rang à l'affaire au rôle du Tribunal et à la juridiction d'en opérer l'affectation administrative à l'une des chambres ; qu'ainsi elles ne constituent que des formalités d'ordre intérieur* » (Civ. 2, 15 juin 1967, n° 66-13569, B. II, n° 228).



Sous réserve que la date d'audience soit communiquée par le greffe plus de quinze jours à l'avance, l'assignation devant le tribunal judiciaire doit, en principe, être remise au greffe au moins quinze jours avant cette date (article 754, alinéa 2, du Code de procédure civile). A défaut, la caducité de l'assignation est constatée d'office par le juge ou, à défaut, à la requête d'une partie (article 754, alinéa 3). Le juge peut toutefois réduire le délai de remise en cas d'urgence (article 755).

– La requête unilatérale ou conjointe

L'article 57, alinéa 1er, du Code de procédure civile, distingue deux formes de requête, la requête unilatérale et la requête conjointe :

*Lorsqu'elle est formée par le demandeur, la requête saisit la juridiction sans que son adversaire en ait été préalablement informé. Lorsqu'elle est remise ou adressée conjointement par les parties, elle soumet au juge leurs prétentions respectives, les points sur lesquels elles sont en désaccord ainsi que leurs moyens respectifs.*

En plus des mentions énoncées à l'article 54 du Code de procédure civile, la requête unilatérale doit contenir, à peine de nullité (article 57, alinéas 2 et 3) :

*« l'indication des nom, prénoms et domicile de la personne contre laquelle la demande est formée ou s'il s'agit d'une personne morale, de sa dénomination et de son siège social »*

En outre, la requête, qu'elle soit unilatérale ou conjointe, doit contenir, toujours à peine de nullité, *« l'indication des pièces sur lesquelles la demande est fondée »* (article 57, alinéas 2 et 4).

Enfin, la requête est datée et signée (article 57, dernier alinéa).

L'article 58 du Code de procédure civile, quant à lui, prévoit une faculté dont l'emploi sera encore plus rare que l'est déjà la requête conjointe en matière contentieuse. Compte tenu de son peu d'intérêt pratique, on se bornera donc à le citer, sans l'analyser en détail :

*Lorsque cette faculté leur est ouverte par l'article 12, les parties peuvent, si elles ne l'ont déjà fait depuis la naissance du litige, conférer au juge, dans la requête conjointe, mission de statuer comme amiable compositeur ou le lier par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat.*

Il s'agit de la mise en œuvre de la faculté que les parties ont, d'un commun accord, de restreindre le pouvoir que le juge tient de l'article 12, de dire le droit (article 12, alinéa 4). Le texte est très peu utilisé en pratique.

De très loin la plus courante en matière contentieuse, la requête unilatérale est employée dans deux types de procédure distinctes :

- Tantôt elle permet d'initier une procédure contradictoire. Ainsi, en règle générale<sup>1</sup>, le conseil de prud'hommes est-il saisi par requête (article R. 1452-2, alinéa 1er, du Code du travail), celle-ci étant presque toujours unilatérale. Le greffe convoquera ensuite les parties à l'audience du bureau de conciliation (articles R. 1452-3 et R. 1452-4 du Code du travail).

La demande initiale devant le tribunal judiciaire peut également être formée par requête, selon l'article 750, alinéa 2, du Code de procédure civile, mais seulement *« lorsque le montant de la demande n'excède pas 5 000 euros en procédure orale ordinaire ou dans certaines matières fixées par la loi ou le règlement. »* Le greffier convoque alors le défendeur à l'audience par lettre recommandée avec demande d'avis de réception (article 758, alinéa 3, du Code de procédure civile). Cette convocation vaut citation, (article 758, alinéa 4), c'est-à-dire qu'elle a les mêmes effets qu'une assignation – la citation est un terme vieilli désignant l'assignation.

En principe, la demande initiale devant le tribunal judiciaire en matière contentieuse doit effectivement être formée par assignation (article 750, alinéa 1er), on l'a vu. Elle peut, il est vrai, ajoute l'article 750, alinéa 3, être aussi formée dans tous les cas par requête conjointe, mais l'emploi de celle-ci par les parties en matière contentieuse est rarissime.

<sup>1</sup> Réserve faite du référé prud'homal, qui peut aussi être lancé par voie d'assignation (article R. 1455-9, alinéa 1er, du Code du travail).

- Tantôt la requête unilatérale a vocation à engager une procédure appelée à se dérouler à l'insu de l'adversaire, dans les cas où le législateur l'a exceptionnellement permis, par dérogation au principe selon lequel toute procédure civile est contradictoire (article 14 du Code de procédure civile). Il en va ainsi notamment dans la procédure non contradictoire de l'ordonnance sur requête, utilisable dans les cas où le requérant est fondé à ne pas appeler la partie adverse (article 493 du Code de procédure civile), parce que « *la loi permet ou la nécessité commande* », selon les termes de l'article 17 du même code, qu'une mesure soit ordonnée à l'insu d'une partie.

Ex. désignation d'un huissier par le président du tribunal judiciaire (article 845, alinéa 2, du Code de procédure civile), aux fins de procéder, par surprise, à un constat d'adultère.

#### b. Les demandes incidentes

Il existe plusieurs types de demandes incidentes, en partie soumises au même régime.

##### α) Variétés de demandes incidentes

L'article 63 du Code de procédure civile distingue trois demandes incidentes : « *la demande reconventionnelle, la demande additionnelle et l'intervention.* »

- La demande reconventionnelle

Selon l'article 64 du Code de procédure civile : « *Constitue une demande reconventionnelle la demande par laquelle le défendeur originaire prétend obtenir un avantage autre que le simple rejet de la prétention de son adversaire* ».

- Ambivalence de la demande reconventionnelle

Avec la demande reconventionnelle, le défendeur ne se borne donc pas à résister à la demande de son adversaire. Il contre-attaque en formant à son tour une demande. La demande reconventionnelle peut néanmoins correspondre à deux hypothèses différentes.

- Souvent la demande reconventionnelle tient lieu de moyen de défense, car, comme le dit le dicton populaire, « *la meilleure défense, c'est l'attaque.* » Mais elle ne s'en distingue pas moins de la défense au fond, dès lors qu'elle vise à « *obtenir un avantage autre que le simple rejet de la prétention de son adversaire* », selon l'expression de l'article 64 précité. Il importe de le souligner, car la défense au fond et la demande reconventionnelle obéissent à un régime procédural différent à certains égards<sup>1</sup>.

Ex. partie assignée en paiement, se prévalant de la compensation judiciaire entre sa dette et une créance qu'elle prétend détenir à l'encontre de l'auteur de la demande initiale.

La mise en œuvre du critère de distinction peut soulever des difficultés. Ainsi, en l'état actuel du droit positif, la partie qui, assignée en paiement d'une obligation, se borne à invoquer la nullité du contrat duquel cette obligation découle, ne forme, malgré les apparences, qu'une défense au fond, et non une demande reconventionnelle ; en revanche, si elle prétend tirer les conséquences du prononcé de cette nullité, en sollicitant la remise des parties dans l'état antérieur à la signature de l'acte et la condamnation de l'auteur de la demande initiale à lui payer une certaine somme en restitution du prix déjà payé, par exemple, la qualification de demande reconventionnelle s'impose<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Chainais et alii, *op. cit.*, n° 351.

<sup>2</sup> Ass. plén. 22 avril 2011, n° 09-16008, *B. Ass. plén.*, n° 4 ; *D.* 2011, 1870, obs. X. Delpech, note O. Deshayes et Y.-M. Laithier ; *ibid.* 2012, 244, obs. N. Fricero ; *Rev. soc.* 2011, 547, note J. Moury ; *RTD civ.* 2011, 795, obs Ph. Théry ; *Dr. et proc.* 2011, p. 210, note E. Putman, arrêt en déduisant l'applicabilité de l'article 68, alinéa 2, du Code de procédure civile. De même, pour la caution se prévalant de la disproportion de son cautionnement par rapport à ses ressources, pour voir prononcer la déchéance du droit du créancier d'exiger le paiement de la dette garantie à son égard (Civ. 1, 31 janvier 2018, n° 16-24092, *B. I.*, n° 13 ; *D.* 2018, 1884,

- A l'inverse de l'hypothèse précédente, la demande reconventionnelle se présente parfois comme une pure demande n'exerçant pas d'influence sur le sort de la demande initiale<sup>1</sup>.

Ex. assigné en divorce pour faute, un époux demande à son tour le divorce aux torts de son conjoint. Il peut le faire en cherchant à tenir en échec la demande principale : par exemple, le demandeur reproche à son épouse un adultère, que celle-ci cherche à justifier en lui reprochant à son tour son manque de respect envers elle, constitutif d'une faute. Dans cette hypothèse, la demande reconventionnelle constitue à la fois une défense et une demande. Mais on peut imaginer que, sans chercher à excuser son infidélité, l'épouse forme une demande reconventionnelle soit en divorce pour faute en alléguant des griefs à l'encontre de son mari qui soient sans rapport avec cette infidélité, soit encore pour altération définitive du lien conjugal (article 237 et 238, alinéa 1er, du Code civil). Sa demande reconventionnelle se présente alors comme une pure demande, et non pas comme mâtinée d'un moyen de défense.

– Intérêts de la demande reconventionnelle

Les deux demandes, initiale et reconventionnelle, seront instruites au cours d'un même procès. Dès lors :

- la justice sera mieux rendue, car le juge aura une vue plus complète du litige et de la situation respective des parties ;
- les deux demandes étant jugées simultanément, le risque d'une contradiction entre des décisions successives est éliminé ;
- il y aura gain de temps et d'argent, puisqu'il suffit au défendeur de déposer des conclusions devant le tribunal déjà saisi, d'où l'économie d'un nouveau procès.

– Inconvénients de la demande reconventionnelle

- elle complique la procédure, car elle entraîne un élargissement de la saisine initiale du juge ; elle peut masquer une manœuvre dilatoire et, en toute hypothèse, présente de sérieuses difficultés de compétence lorsqu'elle a pour objet une question litigieuse ne relevant pas normalement de la compétence du juge saisi de la demande initiale ;
- elle peut être un moyen d'intimidation, notamment lorsqu'elle consiste à solliciter des dommages-intérêts exclusivement sur le fondement de la demande principale, présentée comme abusive.

– Évolution historique du régime de la demande reconventionnelle<sup>2</sup>

Apparues dans le droit romain de Justinien, sous le nom de *mutuae petitiones*, les demandes reconventionnelles furent recueillies par les juridictions canoniques. En revanche, l'Ancien droit français se montra foncièrement hostile à leur égard : « *reconvention n'a lieu en cour laye* », affirmait ainsi la coutume de Paris. Le système de la vénalité des charges de judicature ne pouvait en effet s'accommoder d'une technique procédurale qui, en permettant au plaideur de faire juger deux demandes en un seul procès, diminuait d'autant les profits de la charge. Toutefois la prohibition perdit peu à peu de sa rigueur et, à la fin de l'Ancien droit, le principe même de la recevabilité des demandes reconventionnelles n'était plus discuté, tout au moins lorsqu'elles pouvaient servir de défense à la demande principale ou qu'elles avaient la même cause que cette dernière.

– Conditions spécifiques de recevabilité de la demande reconventionnelle

Le principe même de la recevabilité des demandes reconventionnelles est consacré par le Code de procédure civile. A cet égard, la demande reconventionnelle est soumise aux conditions de recevabilité communes à toutes les demandes incidentes<sup>3</sup>. Mais, prenant appui sur les termes de l'article 64 du Code

n° 6, obs. P. Crocq ; *RDI* 2018, 214, obs. H. Heugas-Darraspe ; *AJ Contrat* 2018, 141, obs. G. Piette ; *JCP* 2018, 275, note Y.-M. Serinet ; *ibid.*, *doctr.* 530, n° 5, obs. critiques R. Libchaber ; *RTD civ.* 2018, 455, obs. P. Crocq).

<sup>1</sup> Héron et Le Bars, *op. cit.*, n° 118.

<sup>2</sup> Les développements historiques qui suivent sont empruntés à Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. I, p. 106.

<sup>3</sup> *Cf. infra* : β) « Régime juridique des demandes incidentes » .

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Panthéon-Assas  
Licence droit 3ème année Melun 2023-2024

de procédure civile la définissant comme une « *demande par laquelle le défendeur originaire prétend obtenir un avantage autre que le simple rejet de la prétention de son adversaire* », on affirmait, en outre, que la demande reconventionnelle n'était recevable que si elle était formée par un défendeur et à l'encontre du demandeur originaire.

De cette affirmation, on avait tiré trois conséquences<sup>1</sup>, dont deux apparaissent inexactes en tout ou en partie. En effet, la nature hybride de la demande reconventionnelle, qui s'apparente tantôt à une défense au fond, tantôt à une véritable demande indépendante, a conduit à revenir partiellement sur ces conséquences, que voici :

- le demandeur initial ne saurait former à son tour une demande reconventionnelle, conformément à l'adage « *reconvention sur reconvention ne vaut* »<sup>2</sup>. La règle se justifierait par le principe de l'immutabilité du litige et par la lettre de l'article 64, lequel n'envisage de demande reconventionnelle que de la part du « *défendeur originaire* ».

Cependant l'article 70, alinéa 1er, empêche déjà les atteintes trop graves au principe de l'immutabilité, en énonçant que la demande reconventionnelle ou additionnelle n'est recevable que si elle se rattache aux prétentions originaires par un lien suffisant. Aussi, dans un arrêt de principe<sup>3</sup>, la Cour de cassation a-t-elle condamné l'adage « *reconvention sur reconvention ne vaut* ».

Selon la Cour de cassation, en effet, « *les demandes reconventionnelles, en première instance comme en appel, peuvent être formées tant par le défendeur sur la demande initiale que par le demandeur initial en défense aux prétentions reconventionnelles de son adversaire* ». L'arrêt de la Cour de cassation vise l'article 64 du Code de procédure civile, ainsi que l'article 567 du même code selon lequel « *les demandes reconventionnelles sont recevables en appel* ». Il écarte ainsi l'interprétation littérale de l'article 64 qu'une partie de la doctrine faisait jusqu'alors prévaloir et donne raison aux auteurs hostiles à l'adage « *reconvention sur reconvention ne vaut* »<sup>4</sup>.

Motif: la solution permet une centralisation du contentieux devant un tribunal unique et évite un déséquilibre entre les parties, puisque chacune est désormais recevable à former une demande reconventionnelle.

- En cas de pluralité de défendeurs à la demande initiale, l'un d'eux ne peut former une demande reconventionnelle à l'encontre des autres, puisque aucun défendeur n'a, par définition, émis de prétention contre ses co-défendeurs<sup>5</sup>. Entre litisconsorts, le contentieux ne peut donc être lié qu'au moyen d'une demande initiale donnant naissance à une nouvelle instance qui, en cas de connexité, pourra être jointe ultérieurement à l'instance originaire<sup>6</sup>.
- La demande reconventionnelle ne pourrait être examinée que dans la mesure où la demande initiale est recevable. En effet, si cette dernière est irrecevable, la demande reconventionnelle serait privée de son support<sup>7</sup>. D'une manière générale, d'ailleurs, l'article 32 du Code de procédure civile dispose, on l'a vu, qu'est irrecevable « *toute prétention émise [...] contre une personne dépourvue du droit d'agir* », formule englobant aussi bien les moyens de défense que les demandes reconventionnelles.

Selon une doctrine autorisée<sup>8</sup>, toutefois, la solution ne vaut que lorsque la demande reconventionnelle s'analyse en un moyen de défense. Si, au contraire, la demande initiale et la demande reconventionnelle sont parallèles et doivent être jugées ensemble en raison du lien de connexité qui les unit, la demande reconventionnelle peut survivre à la demande principale<sup>9</sup>.

- La demande additionnelle

Aux termes de l'article 65 du Code de procédure civile : « *Constitue une demande additionnelle la demande par laquelle une partie modifie ses prétentions antérieures.* » La partie peut soit augmenter, soit plus rarement minorer le *quantum* de sa demande initiale. Mais la demande additionnelle peut également consister en une demande différente, s'ajoutant à la demande initiale.

Ex. salarié licencié sollicitant une indemnité compensatrice de congés payés, en plus

<sup>1</sup> Cf. Cadet et Jeuland, *op. cit.*, n° 452, d'une part ; Chainais et alii, *op. cit.*, n° 353, d'autre part.

<sup>2</sup> Solus et Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. III, n° 1032 ; Roland et Boyer, *Adages du droit français*, n° 374.

<sup>3</sup> Civ. 2, 10 janvier 2013, n° 10-28735, B. II, n° 3 ; D. 2013, 877, note P. Paillet ; JCP 2013, 436, note G. Guerlin ; *Procédures* 2013, n° 63, obs. R. Perrot.

<sup>4</sup> H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, 3ème éd., Litec, 1992, n° 374.

<sup>5</sup> Com. 18 juin 2002, n° 00-16487 ; Civ. 3, 3 décembre 2008, n° 07-16748, B. III, n° 195.

<sup>6</sup> Cadet et Jeuland, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>7</sup> Chainais et alii, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>8</sup> *Ibid.*

<sup>9</sup> Cf., en ce sens : Civ. 2, 28 février 2013, n° 12-18856.

de l'indemnité de licenciement qu'il avait initialement réclamée.

- L'intervention

Selon l'article 66 du Code de procédure civile :

*« Constitue une intervention la demande dont l'objet est de rendre un tiers partie au procès engagé entre les parties originaires.  
« Lorsque la demande émane du tiers, l'intervention est volontaire ; l'intervention est forcée lorsque le tiers est mis en cause par une partie. »*

L'intervention du tiers peut donc être volontaire ou forcée.

- Intervention volontaire

Elle peut avoir, selon les cas, deux objets différents (article 328 du Code de procédure civile).

Le tiers peut vouloir devenir partie au procès, afin d'élever une prétention à son profit. On parle alors d'intervention principale. Il s'agit alors d'une véritable demande en justice<sup>1</sup>, qui n'est recevable que si le tiers a le droit d'agir relativement à cette demande (article 329 du Code de procédure civile).

Ex. créancier hypothécaire intervenant au procès dirigé contre son débiteur pour faire reconnaître son droit sur le bien hypothéqué<sup>2</sup>.

Mais le tiers peut se borner à intervenir pour soutenir les prétentions d'une partie. On parle alors d'intervention accessoire, dont la recevabilité suppose uniquement que le tiers ait intérêt, pour la conservation de ses droits, à soutenir cette partie (article 330 du Code de procédure civile).

Ex. créateur d'une gamme de meubles intervenant aux côtés d'une société assignée en contrefaçon de ses meubles par une autre société, pour contester avoir cédé ses droits d'exploitation à cette dernière<sup>3</sup>.

Le tiers ne peut alors de prévaloir d'aucun droit propre, selon une jurisprudence constante<sup>4</sup>. Il se borne à surveiller la marche de l'instance et à défendre les droits du plaideur dont la condamnation pourrait nuire à ses propres intérêts. L'objet du litige reste donc rigoureusement identique, seul le cercle des personnes intégrées au lien juridique d'instance se trouvant élargi. Les implications d'une telle intervention sont donc moins graves que celles d'une intervention à titre principal.

- Intervention forcée

Le tiers est mis en cause par une partie au procès. Comme l'intervention volontaire, cette intervention forcée peut être d'intensité variable. Mais, dans tous les cas, *« le tiers doit être appelé en temps utile pour faire valoir sa défense »* (article 331, alinéa 3, du Code de procédure civile). Il résulte, par ailleurs, des alinéas 1er et 2 de ce même article 331, que l'intervention forcée peut poursuivre deux fins différentes.

L'intervention forcée peut être, tout d'abord, aux fins de condamnation du tiers (article 331, alinéa 1er, du Code de procédure civile). L'hypothèse la plus fréquente est celle de l'appel en garantie (articles 334 et suiv. du Code de procédure civile).

*« La garantie est simple ou formelle selon que le demandeur en garantie est lui-même poursuivi comme personnellement obligé ou seulement comme détenteur d'un bien »* (article 334 du Code de procédure civile).

<sup>1</sup> Civ. 2, 20 avril 2017, n° 16-16891, B. II, n°76 : *« l'intervention volontaire dans une instance étant une demande en justice, son auteur devient, par cette seule intervention, partie à cette instance et peut, en cette qualité, accomplir les diligences de nature à interrompre, à l'égard de tous, le délai de péremption de l'instance ».*

<sup>2</sup> Pour un autre exemple : Civ. 2, 14 janvier 2021, n° 18-22984 (P).

<sup>3</sup> Civ. 1, 15 novembre 2010, n° 09-66160, B. I, n° 231.

<sup>4</sup> Cf. par ex. Civ. 2, 29 septembre 2011, B. II, n° 176.

Ex. acquéreur assigné en justice par un tiers se prévalant d'un droit sur la chose vendue et appelant son vendeur en intervention forcée pour qu'il soit condamné à le garantir contre l'éviction qu'il risque de souffrir dans la chose vendue (article 1626 du Code civil). Au lieu d'attendre sa condamnation à l'éviction pour intenter ensuite une action en garantie principale contre son vendeur, il l'attire immédiatement dans la procédure pendante, en soulevant un incident, d'où le nom de garantie incidente. Cette garantie est formelle, car l'acquéreur est lui-même poursuivi en tant que détenteur d'un bien, *propter rem*.

Ex. débiteur assigné en paiement par le créancier, appelant en garantie ses codébiteurs solidaires pour les voir condamné à contribuer à la dette. La garantie est simple.

Mais l'intervention forcée peut être simplement aux fins de déclaration de jugement commun (article 331, alinéa 2, du Code de procédure civile). Le but de l'intervention forcée n'est alors pas d'obtenir la condamnation du tiers attiré dans l'instance, mais uniquement de l'associer à l'autorité de la chose jugée, de manière qu'il ne puisse plus ultérieurement former tierce opposition à l'encontre de la décision rendue<sup>1</sup>.

Ex. caisse primaire d'assurance-maladie assignée en déclaration de jugement commun par un patient, dans le litige en réparation de son préjudice l'opposant à un chirurgien<sup>2</sup>.

## β) Régime juridique des demandes incidentes

Ce régime concerne la forme des demandes incidentes et leur recevabilité.

### • Forme des demandes incidentes

La forme des demandes incidentes obéit aux dispositions de l'article 68 du Code de procédure civile :

*« Les demandes incidentes sont formées à l'encontre des parties à l'instance de la même manière que sont présentés les moyens de défense.  
« Elles sont faites à l'encontre des parties défaillantes ou des tiers dans les formes prévues pour l'introduction de l'instance. En appel, elles le sont par voie d'assignation. »*

Concrètement, dans la procédure écrite, une demande incidente peut donc être formée en première instance par voie de conclusions signifiées à l'adversaire, à moins que la partie contre laquelle la demande incidente est dirigée, soit défaillante ou un tiers. Dans cette dernière hypothèse, on procédera, la plupart du temps, par voie d'assignation. Ce sera même toujours le cas dans la procédure d'appel.

### • Recevabilité des demandes incidentes

Les demandes incidentes doivent se rattacher par un lien suffisant aux prétentions originaires, telles que fixées par l'acte introductif d'instance et les conclusions en défense (article 4, alinéa 2, du Code de procédure civile).

La condition d'un lien suffisant avec les prétentions originaires est néanmoins écartée dans un cas, lorsque la demande incidente est une demande reconventionnelle qui tend à voir prononcer une compensation avec la créance invoquée à titre principal.

#### - Principe : exigence d'un lien suffisant entre la demande incidente et les prétentions originaires

Les demandes incidentes ne sont donc recevables que si elles se rattachent aux prétentions originaires ou antérieures par un lien suffisant<sup>3</sup>. A défaut, elles sont

<sup>1</sup> Cf. Civ. 1, 24 avril 2013, n° 11-27082, B. I, n° 84 – mais le chef de l'arrêt relatif aux conditions d'ouverture de l'intervention forcée aux fins de déclaration de jugement commun n'est pas reproduit au Bulletin.

<sup>2</sup> Civ. 2, 1er juin 2011, n° 10-15108.

<sup>3</sup> Mais cette condition est la seule exigée : Civ. 2, 30 septembre 1999, n° 97-20279.

irrecevables, comme des dispositions relatives à chacune d'entre elles le précisent.

Tout d'abord, en effet, aux termes de l'article 70 du Code de procédure civile, applicable aux demandes additionnelle et reconventionnelle :

*« Les demandes reconventionnelles ou additionnelles ne sont recevables que si elles se rattachent aux prétentions originaires par un lien suffisant.  
« Toutefois, la demande en compensation est recevable même en l'absence d'un tel lien, sauf au juge à la disjoindre si elle risque de retarder à l'excès le jugement sur le tout. »*

Les demandes reconventionnelles sont recevables en appel (article 567 du Code de procédure civile) à la même condition d'un lien suffisant avec la demande initiale, selon la Cour de cassation<sup>1</sup>.

Ensuite, aux termes de l'article 325 du Code de procédure civile, relatif à l'intervention : *« L'intervention n'est recevable que si elle se rattache aux prétentions des parties par un lien suffisant. »*

Motif : la demande incidente vient se greffer sur les prétentions originaires, le plus souvent sur la demande initiale. Si, au contraire, elle est totalement étrangère au procès, il ne s'agit plus d'une extension de la demande initiale, mais de la création d'une instance entièrement nouvelle, soumise comme telle aux formes de l'assignation<sup>2</sup>. Le principe de l'immutabilité du litige<sup>3</sup>, posé par l'article 4 du Code de procédure civile s'oppose alors à ce que la prétention soit émise sous la forme d'une demande incidente.

La loi ne définit pas ce lien suffisant, qu'elle déclare nécessaire. La jurisprudence antérieure exigeait un *« lien de connexité »*, mais l'expression a été bannie du Code de procédure civile sous prétexte de simplifier la langue juridique. Il reste qu'on peut rapprocher le lien suffisant du lien de connexité fondant l'exception de procédure du même nom : *« un lien tel qu'il soit de l'intérêt d'une bonne justice de les faire instruire et juger ensemble »* (article 101 du Code de procédure civile).

Les juges du fond apprécient souverainement le lien suffisant entre la demande initiale et la demande incidente<sup>4</sup>.

#### - Exception : demande reconventionnelle en compensation

Pour comprendre l'intérêt de cette exception, il faut expliquer au préalable quelle situation elle vise.

##### o Situation juridique visée

Alors même qu'elle ne se rattacherait pas à la demande principale par un lien suffisant, la demande reconventionnelle en compensation est recevable (article 70, alinéa 2, du Code de procédure civile)<sup>5</sup>.

La compensation est un mode de paiement simplifié, consistant en l'extinction simultanée de deux dettes de même nature entre deux personnes respectivement créancières et débitrices l'une de l'autre (article 1347 du Code civil – ancien article article 1289 du même code)<sup>6</sup>. Lorsque les dettes sont d'un montant inégal,

<sup>1</sup> Civ. 3, 30 juin 1999, *B. III*, n° 151 ; Civ. 3, 30 janvier 2002, n° 00-14530 ; Com. 21 janvier 2003, n° 99-14587 ; Civ. 3, 10 mars 2010, n° 09-10412, *Procédures* 2010, n° 169, obs. R. Perrot.

<sup>2</sup> Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. II, p. 548.

<sup>3</sup> *Cf. infra* : Deuxième partie : L'instance », chap. II « Principes directeurs du procès », section 2 « Principe dispositif », § 1 « Rôle des parties dans la détermination de la matière litigieuse », A. « Détermination de l'objet du litige », 2. « Stabilité de l'objet du litige », a. « Immutabilité du litige à l'égard des parties ».

<sup>4</sup> Civ. 1, 6 juin 1978, *B. I*, n° 214 ; Civ. 2, 25 juin 1981, *B. II*, n° 142 ; Com. 30 novembre 1982, *B. IV*, n° 389 ; Civ. 3, 4 avril 2002, *B. III*, n° 79 ; Civ. 1, 20 septembre 2017, n° 16-18442, *B. I*, n° 194 ; Civ. 1, 10 octobre 2018, n° 17-14401 (P) ; *BICC* n° 896, 15 février 2019, n° 145 ; Civ. 1, 10 octobre 2018, n° 16-19430 (P) ; *BICC* n° 896, 15 février 2019, n° 146 ; Civ. 1, 10 octobre 2018, n° 15-26093 (P) ; *BICC* n° 896, 15 février 2019, n° 175.

<sup>5</sup> Civ. 1, 20 octobre 2011, n° 10-21426.

<sup>6</sup> *Cf. par ex.* Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *Les obligations*, n° 1678.

l'extinction se produit à concurrence du plus faible montant (article 1347, alinéa 2).

La situation visée est donc celle où le demandeur et le défendeur se prévalent de deux dettes réciproques.

◦ Intérêt de la solution

De prime abord, on pourrait douter de l'utilité de l'article 70, alinéa 2, du Code de procédure civile, que la compensation envisagée soit légale ou judiciaire.

La compensation légale, tout d'abord, suppose deux dettes réciproques fongibles, certaines, liquides et exigibles (article 1347-1 du Code civil). Elle s'opère à la date à laquelle ses conditions sont réunies, sous réserve d'être invoquée (article 1347, alinéa 2, du Code civil).

L'ancien article 1290 du Code civil disposait que la compensation « s'opère de plein droit par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs », dès lors que ses conditions étaient réunies : dettes réciproques certaines, liquides et exigibles (ancien article 1291 du Code civil). Les rédacteurs du Code civil de 1804 avaient donc insisté sur cette automaticité de la compensation légale, au point de commettre un double pléonasme dans l'article 1290 précité. On aurait pu donc être tenté de déduire une inutilité complète, en l'occurrence, de l'article 70 du Code de procédure civile, puisque, apparemment, la compensation aurait opéré automatiquement, quand bien même le défendeur ne l'aurait pas sollicitée, dès le jour où les conditions en sont réunies. Mais, en réalité, l'article 1290 reposait sur un contresens historique des rédacteurs du Code civil de 1804<sup>1</sup>.

En droit romain classique, en effet, la compensation ne pouvait jouer que si celui qui entendait s'en prévaloir opposait à son créancier l'*exceptio doli* (exception de dol) *in limine litis*. Justinien réforma ce système en prévoyant que la compensation opérerait *ipso jure* – de plein droit<sup>2</sup>. Mais il semble bien avoir voulu simplement dire par là que, désormais, la compensation pouvait être invoquée par tout moment, et non pas au seuil du procès, en employant la forme de l'exception de dol<sup>3</sup>.

Ainsi, nonobstant ce que la lecture de l'article 1290 pouvait laisser penser, la compensation, fût-elle légale, devait être invoquée en justice<sup>4</sup> : telle était la position de la Cour de cassation, qui estime que le juge n'est pas tenu de relever d'office le moyen tiré de la compensation légale<sup>5</sup> et que le débiteur peut y renoncer<sup>6</sup>. En revanche, elle opère du jour où ses conditions sont réunies, et non du jour où elle est invoquée<sup>7</sup>. L'actuel article 1347, alinéa 2, du Code civil consacre, on l'a vu, ces solutions.

A partir du moment où le défendeur l'invoque et où les conditions de fond en sont réunies, le juge est tenu de faire droit à la demande reconventionnelle en compensation légale<sup>8</sup> : l'automaticité avec laquelle elle opère, l'impose. L'article 70, alinéa 2, du Code de procédure civile n'existerait-il pas, que le juge ne pourrait donc, de toute façon, écarter cette demande reconventionnelle au motif qu'elle n'aurait pas de lien suffisant avec la demande initiale. Ainsi le recours à ce texte apparaît-il superflu pour justifier la recevabilité d'une demande reconventionnelle en compensation légale.

Il se peut toutefois que les conditions de la compensation légale ne soient pas remplies, car l'une des dettes réciproques n'est pas liquide ou exigible ou les deux à la fois. Selon la Cour de cassation, le juge doit alors prononcer une compensation judiciaire, dès lors que les dettes sont connexes<sup>9</sup>, par exemple nées à l'occasion d'un

<sup>1</sup> Marty, Raynaud et Jestaz, *Les obligations*, t. II, n° 257 ; Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 1692.

<sup>2</sup> *Institutes*, IV, VI, 30 ; *Code de Justinien*, IV, XXXI, 14.

<sup>3</sup> P.-F. Girard, *Manuel de droit romain*, Dalloz, 1929, réimpr. Topos Verlag & Librairie Edouard Duchemin, 1978, p. 752-755 ; J.-Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, 2ème éd., Dalloz, 2010, n° 729 ; Marty, Raynaud et Jestaz, *op. cit.*, t. II, *loc. cit.* ; Carbonnier, *Droit civil*, t. II, n° 1256 ; Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>4</sup> Marty, Raynaud et Jestaz, *op. cit.*, *loc. cit.* ; Terré, Simler et Lequette, *op. cit.*, *loc. cit.* ; Carbonnier, *op. cit.*, t. II, n° 1254 ; A. Collin « Du caractère volontaire du déclenchement de la compensation », *RTD civ.* 2010, 229.

<sup>5</sup> Civ. 1, 14 mars 1966, *B. I*, n° 181 (sol. implicite) ; Com. 6 février 1996, n° 93-21627, *B. IV*, n° 42 ; *D.* 1996, *somm.* 336, obs. Ph. Delebecque ; *ibid.* 1998, *J.* 87, note V. Brémond ; Com. 30 mars 2005, n° 04-10407, *B. IV*, n° 72 ; *D.* 2005, 1024, obs. E. Chevrier ; *ibid.*, 2752, obs. H. Kenfack ; *RTD civ.* 2005, 599, obs. J. Mestre et B. Fages ; *RDC* 2005, 1012, obs. Ph. Stoffel-Munck ; *Defrénois* 2005, art. 38207, 1249, obs. R. Libchaber (sol. implicite) ; R. Mendegris, *La nature juridique de la compensation*, préf. P. Catala, LGDJ, 1969, n° 94 et les réf.

<sup>6</sup> Req. 11 mars 1880, *D.P.* 80, 1, 470 ; *S.* 81, 1, 107.

<sup>7</sup> Com. 30 mars 2005, préc. ; *contra*, antérieurement : Com. 6 février 1996, préc.

<sup>8</sup> *Cf.* Civ. 2, 13 octobre 2016, n° 15-23437, *B. II*, n° 225.

<sup>9</sup> F. Danos « La connexité en matière de compensation », *D.* 2015, 1655.



même contrat. Si tel est le cas, en effet, le juge ne peut écarter la demande en compensation d'une des parties, au motif que les conditions de la compensation légale ne sont pas réunies : il est tenu de constater le principe de cette compensation qui constitue, pour les parties, une garantie, sauf à ordonner toutes mesures pour parvenir à l'apurement des comptes<sup>1</sup>.

Les articles 1348 et 1348-1 du Code civil, en leur rédaction issue de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, ont consacré légalement la compensation dite judiciaire et l'obligation pour le juge de la prononcer quand les dettes sont connexes.

Dans une telle hypothèse, la demande reconventionnelle se rattache nécessairement à la demande initiale par un lien suffisant, puisque les deux dettes sont unies par un lien de connexité. La demande reconventionnelle est donc recevable en application de l'alinéa 1er de l'article 70 du Code de procédure civile, sans qu'il soit besoin de se référer à l'alinéa 2 du même texte. Là encore, la disposition légale apparaît dès lors inutile.

En revanche, lorsque les deux dettes ne sont pas connexes, la compensation judiciaire demeure possible, sauf en droit des procédures collectives en raison du principe de l'interdiction du paiement des dettes antérieures sauf alimentaires<sup>2</sup> ; mais il ne s'agit que d'une faculté pour le juge, et non plus d'une obligation, comme la Cour de cassation le décide<sup>3</sup> et comme l'article 1348 du Code civil l'indique.

Cependant, pour que le juge prononce alors la compensation, encore faut-il que le défendeur à l'action initiale soit recevable à le saisir, malgré l'absence de connexité entre les deux dettes et, partant, de lien suffisant entre sa demande reconventionnelle et la demande principale. L'intérêt de l'alinéa 2 de l'article 70 du Code de procédure civile est précisément de déclarer recevable une telle demande reconventionnelle en compensation judiciaire.

## 2. Effets des demandes en justice

Quel que soit le type de demande en justice, initiale ou incidente, elle produit toute une série d'effets importants. En effet, elle entraîne l'interruption de la prescription ou du délai préfix, elle vaut mise en demeure du débiteur, elle rend litigieux le droit objet de la contestation et enfin elle rend transmissible l'action, si par nature celle-ci ne l'était pas.

### a. Interruption de la prescription ou du délai préfix<sup>4</sup>

Aux termes de l'article 2241 du Code civil, en sa rédaction issue de la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription :

*« La demande en justice, même en référé, interrompt le délai de 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. »*

On examinera successivement les conditions d'une interruption par la demande en justice, sa portée et les obstacles qu'elle peut rencontrer.

#### α) Conditions de l'interruption de la prescription ou du délai préfix

L'ancien article 2244 du Code civil reconnaissait un effet interruptif à la seule « citation en

<sup>1</sup> Civ. 1, 18 janvier 1967, B. I, n° 27 ; *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. II, n° 253, obs. F. Terré, Y. Lequette et F. Chénéde ; D. 1967, J. 358, note J. Mazeaud ; JCP 1967, II, 15005, note J. A. ; RTD civ. 1967, 812, obs. J. Chevallier ; Civ. 3, 23 mai 2013, n° 11-26095, B. III, n° 63.

<sup>2</sup> Article L. 622-7 I, du Code de commerce.

<sup>3</sup> Malinvaud, Mekki et Seube, *Droit des obligations*, n° 945 ; Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *Les obligations*, n° 1702, qui réservent d'ailleurs la qualification de compensation judiciaire à cette seule hypothèse, la compensation pour cause de connexité étant, pour eux, une compensation légale (*op. cit.*, n° 1698).

<sup>4</sup> V. Pour « L'effet interruptif de la demande en justice au sens de l'article 2241 du Code civil », LPA 18 janvier 2017, n° 13, p. 7.

*justice* », terme traditionnellement synonyme d'assignation. Le délai de prescription ou le délai de forclusion est alors interrompu dès la date de cette assignation<sup>1</sup>, à condition qu'elle ait été ensuite remise au greffe pour être placée<sup>2</sup>. En effet, l'article 55 du Code de procédure civile définit l'assignation, support fréquent de la demande initiale en justice cité par l'article 54 du même code, comme « *l'acte d'huissier de justice par lequel le demandeur cite son adversaire à comparaître devant le juge.* »<sup>3</sup> La demande en justice est donc bien formée dès la signification de l'assignation par l'huissier au défendeur – dès la citation –, même si seul le placement ultérieur de l'assignation saisit effectivement la juridiction du litige<sup>4</sup>.

En parlant désormais d'un effet interruptif de la « *demande en justice* », l'article 2241 actuel devrait permettre d'étendre l'effet interruptif à la demande en justice même lorsqu'elle ne prend pas la forme d'une assignation contradictoirement signifiée au débiteur, mais celle d'une requête unilatérale<sup>5</sup>.

S'il est vrai que la demande en justice est un terme plus large que celui de citation, il reste qu'elle doit émaner de l'auteur de la prétention et être formée contre celui qui, pour la combattre, se prévaut de la prescription. Ainsi, en matière personnelle, la Cour de cassation a-t-elle jugé que la demande en justice n'est interruptive de prescription que si elle est formée par le créancier lui-même à l'encontre du débiteur<sup>6</sup>.

En outre, la portée exacte de la nouvelle règle doit être bien mesurée, en raison des différentes formes que la demande en justice est susceptible d'emprunter.

Dans la procédure orale ordinaire devant le tribunal judiciaire, l'article 820, alinéa 2, du Code de procédure civile précise que, dans l'hypothèse où le demandeur a formé une demande aux fins de tentative préalable de conciliation, par requête remise ou adressée au greffe du tribunal, l'enregistrement de cette demande interrompt la prescription et autres délais pour agir. En raisonnant par analogie, on peut considérer qu'il en va de même, bien que le législateur ne l'ait pas expressément précisé, lorsque le demandeur saisit le tribunal judiciaire dans cette même procédure, en lui remettant ou adressant une requête unilatérale, comme il en a la possibilité dès lors qu'il forme une demande d'un montant déterminée n'excédant pas 5 000 € (articles 57, alinéa 1er, 756, alinéa 1er et 818, alinéa 2 du Code de procédure civile combinés).

Par ailleurs, selon la Cour de cassation, la déclaration d'appel, qu'elle assimile à tort ou à raison à une demande en justice, a également effet interruptif dès sa remise au greffe<sup>7</sup>. Elle en décide de même, par analogie, pour la déclaration de pourvoi en cassation<sup>8</sup>.

En revanche, la Cour de cassation tend à refuser effet interruptif à une requête unilatérale introduisant une

<sup>1</sup> Civ. 3, 15 mai 2002, n° 00-22175, *B. III*, n° 101 ; Cass. avis 4 mai 2010, n° 10-00002, *B. avis*, n° 2 ; *RTD civ.* 2010, 614, obs. R. Perrot ; Com., 11 octobre 2016, n° 15-10039 ; Versailles 7 novembre 2017, RG n° 16/04151, *D. Actualités* 5 décembre 2017, obs. C. Bléry. Ces arrêts et avis reviennent sur une jurisprudence antérieure critiquée, qui, au contraire, ne reconnaissait effet interruptif du délai de prescription ou de forclusion qu'à la remise de l'assignation au greffe : Civ. 3e, 23 juin 1993, n° 91-16971, *AJDI* 1994, 41, obs. J.-P. Blatter ; *RDI* 1994, 109, obs. G. Brière de l'Isle et J. Derruppé ; *RTD civ.* 1993, 885, obs. critiques R. Perrot.

<sup>2</sup> Cass. avis 4 mai 2010 et Com. 11 octobre 2016, préc. ; Civ. 1, 28 mai 2015, n° 14-13544, *B. I*, n° 122.

<sup>3</sup> *Cf. supra* : 1. « Variétés de demandes en justice », a. « La demande initiale », β) « Formes de la demande initiale ».

<sup>4</sup> *Ibid.* La généralisation de l'assignation à date devant le tribunal judiciaire (article 751 du code de procédure civile) pose, à cet égard, une difficulté. En effet, l'article 754 impose au demandeur de remettre son projet d'assignation au greffe pour obtenir une date d'audience. Tant qu'il n'a pas obtenu celle-ci, il ne peut signifier l'assignation au défendeur et, partant, interrompre le délai de prescription ou de forclusion. La possibilité d'interrompre le délai par une demande en justice est ainsi subordonnée à la diligence du greffe, ce qui est inadmissible. Aussi d'aucuns (H. Croze « Assignation : le projet avant la tentative », *Procédures* n° 8-9, août 2021, *repère* 8) plaident-ils pour que la la remise du projet d'assignation au greffe ait un effet suspensif du délai, sauf à ce que la signification de l'assignation entraîne ultérieurement son interruption

<sup>5</sup> Mais encore faut-il que la requête serve de support à une véritable demande en justice, tendant à voir sanctionner l'atteinte à un droit substantiel. Ainsi, ne constitue pas une citation en justice au sens de l'ancien article 2244 du Code civil, applicable en la cause, le dépôt d'une requête en autorisation d'une inscription provisoire de nantissement sur un fonds de commerce (Civ. 2, 22 septembre 2016, n° 15-13034, *B. II*, n° 211 ; *Procédures* n° 11, novembre 2016, 321, note Y. Strickler). Pas davantage ne l'est une demande en vérification des dépens adressée par une partie au greffe de la juridiction ayant rendu la décision (Civ. 2, 11 septembre 2014, n° 13-24041, *B. II*, n° 184 ; *D* 2015, 287, obs. N. Fricero). En revanche, constitue une demande en justice interrompant la prescription, selon la Cour de cassation (Civ. 2, 5 novembre 2020, n° 19-21308 (P) ; *D. Actu* 27 novembre 2020, obs. C. Auché et N. De Andrade), qui en retient en l'occurrence, une notion fort extensive, la notification du compte de dépens vérifié par la partie poursuivante à l'adversaire, sans doute parce qu'elle ouvre la voie de sa contestation par ce dernier.

<sup>6</sup> Civ. 3, 21 novembre 2019, n° 18-20356 : absence d'effet interruptif de la demande formée par le débiteur à l'encontre de son créancier ; Civ. 2, 2 juillet 2020, n° 17-12611 (P) : absence d'effet interruptif de la demande en intervention forcée formée par un tiers à l'encontre du débiteur.

<sup>7</sup> *Cf. par ex.* Civ. 2, 16 octobre 2014, n° 13-22088, *B. II*, n° 215 ; *JCP* 2014, *Act.* 1171, obs. critiques H. Croze ; *ibid.* 1271, note C. Auché ; *Procédures* 2014, *comm.* 312, note critique H. Croze ; *JCP* 2015, *doctr.* 424, n° 10, obs. critiques S. Amrani-Mekki ; Civ. 2, 17 septembre 2020, n° 19-18608 (P) ; *D. actu.* 12 octobre 2020, obs. critiques G. Sansone.

<sup>8</sup> Civ. 2, 2 mars 2023, n° 20-20065 (B).

procédure initialement non contradictoire.

Elle s'est, tout d'abord, prononcée en ce sens à propos de la requête en injonction de payer<sup>1</sup>. A s'en tenir, il est vrai, à la lettre de l'article 2241 actuel du Code civil, on devrait lui reconnaître effet interruptif, contrairement à ce que la jurisprudence antérieure à la loi du 17 juin 2008 décidait<sup>2</sup>, car elle constitue bien une « *demande en justice* ». Cependant la procédure d'injonction de payer présente cette particularité, qu'elle est initialement dépourvue de caractère contradictoire<sup>3</sup>. Dans la procédure d'injonction de payer, en effet, le créancier adresse au juge compétent une requête unilatérale en injonction de payer<sup>4</sup>, sans que le débiteur en soit informé avant que l'ordonnance ne lui soit signifiée par les soins du créancier. Si le juge fait droit à cette requête, le créancier la signifiera effectivement au débiteur<sup>5</sup>, afin que ce dernier s'exécute. Celui-ci disposera alors d'un délai d'un mois pour faire éventuellement opposition à la requête et contester ainsi contradictoirement, *a posteriori*, la créance dont le paiement lui est réclamé<sup>6</sup>. La question se pose donc de savoir s'il convient de reconnaître un effet interruptif à la requête en injonction de payer elle-même, bien que le débiteur ne soit pas informé qu'une procédure avait été diligentée à son encontre, tant que l'ordonnance du juge faisant droit à la requête en paiement ne lui a pas été signifiée. Or la Cour de cassation a finalement maintenu sa jurisprudence antérieure à la loi du 17 juin 2008, en n'attachant d'effet interruptif de la prescription qu'à la signification de l'ordonnance d'injonction de payer<sup>7</sup>.

La doctrine est, il est vrai, divisée<sup>8</sup>. Tout dépend en effet du fondement qu'on assigne à l'effet interruptif d'une demande en justice. Certains auteurs sont partisans d'un maintien de la jurisprudence antérieure à la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription. Cette jurisprudence refusait un effet interruptif de la prescription à la requête en injonction de payer<sup>9</sup>. En effet, selon une conception traditionnelle, remontant à Pothier<sup>10</sup> et que les rédacteurs du Code civil ont semblé avoir fait leur<sup>11</sup>, la demande en justice n'interrompt la prescription que lorsque le débiteur est informé de l'acte interruptif. Or c'est le cas de la citation en justice, signifiée au défendeur, mais non d'une requête unilatérale en injonction de payer, formée et jugée à l'insu du débiteur (articles 1407 et 1409 du Code de procédure civile). Tel est le fondement de la solution jurisprudentielle qui réservait, sous l'empire des textes antérieurs, l'effet interruptif à la demande en justice formée par voie d'assignation.

Mais cette solution est difficilement généralisable. Ainsi, dans la procédure orale ordinaire devant le tribunal judiciaire, le demandeur peut saisir celui-ci en lui adressant ou remettant une requête unilatérale lorsqu'il forme une demande d'un montant maximal de 5 000 € (articles 756, alinéa 1er et 818, alinéa 2 du Code de procédure civile). C'est alors au greffe qu'il revient alors d'informer le défendeur, en le convoquant à l'audience par courrier recommandé A.R. (article 758, alinéa 3). Or il serait inadmissible que la date de l'effet interruptif dépende de la diligence du greffe du tribunal judiciaire saisi. On devrait en conclure que la prescription ou le délai de forclusion est interrompu dès que la requête ayant été remise ou adressée au greffe, a été enregistrée par celui-ci. Pourtant le défendeur ne sera informé de la demande formée à son encontre que par l'avis que le greffe lui adressera ultérieurement. Il est vrai qu'il s'agit, en l'occurrence, d'une procédure contradictoire, même si le demandeur l'introduit par voie de requête : le défendeur n'est pas jugé à son insu.

<sup>1</sup> Cf. *infra* : Deuxième partie L'instance », titre I « Le cadre juridique de l'instance », chap. II « Principes directeurs du procès », section 3 « Le principe de la contradiction ; titre II « Le déroulement de l'instance », chap. II « La procédure devant le tribunal de judiciaire ».

<sup>2</sup> Civ. 1, 10 juillet 1990, n° 89-13345, B. I, n° 194 ; *Gaz. Pal.* 1991, *somm.* 98, obs. H. Croze et C. Morel ; *RTD civ.* 1991, 341, obs. J. Mestre : selon cet arrêt, « la signification de l'ordonnance portant injonction de payer constitue une citation en justice au sens de l'article 2244 du Code civil ». *A contrario*, la requête en injonction de payer n'avait pas d'effet interruptif de prescription, car elle ne constitue pas une « citation en justice », « signifiée à celui qu'on veut empêcher de prescrire », comme l'exigeait l'article 2244 ancien du Code civil ; Civ. 1, 5 novembre 2009, n° 08-18095, *JCP* 2010, 546, n° 9, obs. S. Amrani-Mekki ; *CCC* 2010, *comm.* 26, note G. Raymond ; *Gaz. Pal.* 10-11 février 2010, p. 20, obs. S. Pédelièvre : si la requête en injonction de payer, « ne constituant pas une citation en justice, n'interrompt pas les délais pour agir, la signification de l'ordonnance d'injonction de payer a un tel effet ».

<sup>3</sup> Cf. *infra* : deuxième partie « L'instance », titre I « Le cadre juridique de l'instance », chap. II « Principes directeurs du procès », section 3 « Le principe de la contradiction ».

<sup>4</sup> Article 1407 du Code de procédure civile.

<sup>5</sup> Articles 1411 et 1413 du Code de procédure civile.

<sup>6</sup> Articles 1412, 1416 et 1417 du Code de procédure civile. Au contraire, lorsque, exceptionnellement, le demandeur saisit le tribunal judiciaire par une requête unilatérale au lieu d'une assignation (ce qui, selon l'article 750, alinéa 2, du Code de procédure civile, n'est possible que lorsque le montant de la demande n'excède pas 5 000 euros en procédure orale ordinaire ou dans certaines matières fixées par la loi ou le règlement), le greffe convoque le défendeur à l'audience par lettre recommandée A.R. et cette convocation vaut citation du défendeur (article 758, alinéas 3 et 4 du Code de procédure civile) : celui-ci est ainsi informé de la demande formée contre lui dès le début de la procédure. La procédure applicable est donc celle suivie habituellement devant le tribunal judiciaire, dans laquelle le président rend son jugement à l'issu d'un débat contradictoire entre les parties. Seul la saisine initiale du tribunal judiciaire, par une requête unilatérale au lieu d'une assignation, s'opère à l'insu du défendeur.

<sup>7</sup> Civ. 2, 19 novembre 2020, n° 19-20238 (P).

<sup>8</sup> Pour un exposé des thèses en présence, cf. Chainais et alii, *op. cit.*, n° 339.

<sup>9</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *Les obligations*, n° 1789 ; Cadiet et Jeuland, *op. cit.*, n° 461, note 155 ; Amrani-Mekki, obs. préc. *JCP* 2010.

<sup>10</sup> R.-J. Pothier, *Traité de la possession et de la prescription*, 1777, n° 49.

<sup>11</sup> Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, 1836, t. II, p. 750 ; article 2244 ancien du Code civil, dans sa version de 1804 : « Une citation en justice, un commandement ou une saisie, signifiés à celui qu'on veut empêcher de prescrire, forment l'interruption civile. »

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Panthéon-Assas  
Licence droit 3ème année Melun 2023-2024

A rebours des précédents, d'autres auteurs estiment, au demeurant, que le fondement de l'effet interruptif de la demande en justice réside dans la manifestation de volonté du créancier d'interrompre la prescription<sup>1</sup>. Dès lors, la demande en justice interromprait la prescription, qu'elle soit formée par assignation ou par requête unilatérale. Peu importerait, dans cette perspective, que la requête unilatérale soit employée dans une procédure initialement non contradictoire comme l'est la procédure d'injonction de payer, où le débiteur ne découvrira la procédure engagée contre lui qu'avec la signification de l'ordonnance d'injonction de payer, à laquelle il est en droit de faire opposition (articles 1411 et suiv. du Code de procédure civile), ou dans une procédure contradictoire comme l'est la procédure orale ordinaire devant le tribunal judiciaire, où le défendeur est avisé par le greffe de la demande formée à son encontre et convoqué à une audience contradictoire.

Par une décision critiquée de certains commentateurs, la Cour de cassation a également dénié effet interruptif à la requête formée sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile, aux fins de voir ordonner une mesure d'instruction *in futurum*, aux motifs qu'introduisant une procédure non contradictoire, elle ne constituait pas une demande en justice au sens de l'article 2241 du Code civil et n'interrompait donc pas la prescription de l'action au fond<sup>2</sup>. Plus récemment, la Cour de cassation a également nié effet interruptif de la prescription à une assignation d'un tiers aux fins de déclaration de jugement commun<sup>3</sup>. En effet, par une telle assignation, le demandeur ne forme aucune demande en condamnation à l'encontre d'un tiers (article 331 du Code de procédure civile) ; il se borne à solliciter que le jugement à intervenir lui soit commun, c'est-à-dire qu'il ait autorité de la chose jugée à son égard<sup>4</sup>.

La reconnaissance d'un effet interruptif à la demande en justice même formée en référé<sup>5</sup> ou portée devant une juridiction incompétente était déjà admise dans les textes antérieurs. Selon la jurisprudence, la demande produit effet interruptif, quel que soit le cas d'incompétence<sup>6</sup>, d'attribution ou territoriale.

Toutefois, aux termes de l'article 2243 du Code civil, « *L'interruption est non avenue si (la) demande est définitivement rejetée.* » Selon la Cour de cassation, la demande rejetée est privée de son effet interruptif qu'elle soit jugée mal fondée ou irrecevable<sup>7</sup>.

Or l'article R. 311-3 du Code de l'organisation judiciaire<sup>8</sup> énonce que « *sauf dispositions particulières, la cour d'appel connaît de l'appel des jugements des juridictions situées dans son ressort.* » A tort ou à raison, la Cour de cassation avait déduit de ce texte que l'appel formé devant une cour d'appel territorialement incompétente est irrecevable<sup>9</sup>. En conséquence, jugea-t-elle ensuite, la déclaration d'appel n'aurait pas d'effet interruptif du délai d'appel, en application de l'article 2243<sup>10</sup>. Mais elle est revenue depuis sur cette jurisprudence sévère, en admettant que la déclaration d'appel portée devant une cour d'appel incompétente interrompait le délai d'appel, conformément à l'article 2241, alinéa 2<sup>11</sup>.

Par ailleurs la jurisprudence refuse d'assimiler l'assignation désignant une juridiction inexistante à celle portée devant une juridiction incompétente<sup>12</sup>. Une telle assignation n'aura donc pas d'effet interruptif, pas davantage, devant selon la jurisprudence, qu'une assignation portée devant un juge incompétent par un plaideur de mauvaise foi, qui savait que le tribunal était incompétent<sup>13</sup>. Dans ces deux hypothèses, la Cour de cassation estime que l'auteur de la demande ne mérite pas de bénéficier de la mansuétude légale.

Quant à la reconnaissance d'un effet interruptif à la demande, même lorsque l'acte de saisine est affecté d'un vice de procédure, elle représente une innovation de la loi du 17 juin 2008<sup>14</sup>. En effet, l'article 2247 ancien du Code civil prévoyait, au contraire, que « *Si l'assignation*

<sup>1</sup> Chainais et alii, *op. cit.*, *loc. cit.* ; R. Perrot, obs. *RTD civ.* 1987, 142 et 1988, 406-407.

<sup>2</sup> Civ. 2, 14 janvier 2021, n° 19-20316 (P) ; *Lettre C2* n° 2, juillet 2021, p. 8 ; *Gaz. Pal.* 23 février 2021, p. 24, obs. critiques M. Mignot ; *ibid.* 27 avril 2021, p. 63, obs. N. Hoffschir.

<sup>3</sup> Com. 12 octobre 2022, n° 19-18945 (B).

<sup>4</sup> *Cf. supra* : 1. « Variétés de demande en justice », b. « Demandes incidentes ».

<sup>5</sup> Soc. 15 novembre 2017, n° 16-60269 ; Civ. 2, 14 janvier 2021, n° 19-20316, préc.

<sup>6</sup> Ch. mixte 24 novembre 2006, n° 04-18610, *B. mixte*, n° 11 ; *D.* 2007, 1112, note R. Wintgen : arrêt rendu à propos de l'ancien article 2246 du Code civil, mais la solution conserve toute sa valeur sous l'empire de l'article 2241 actuel.

<sup>7</sup> *Cf. infra* : γ) « Obstacles à l'interruption de la prescription ou du délai préfix ».

<sup>8</sup> Ex. article R. 212-2 du même code.

<sup>9</sup> Civ. 2, 9 juillet 2009, n° 06-46220, *B. II*, n° 186 ; *D.* 2010, *Chr. C. Cass.* 532, obs. J.-M. Sommer et L. Leroy-Gissinger ; *RTD civ.* 2010, 370, obs. critiques Ph. Théry ; Civ. 2, 9 juillet 2009, n° 08-40541, *B. II*, n° 187 ; *D.* 2010, *Chr. C. Cass.* 532, obs. J.-M. Sommer et L. Leroy-Gissinger ; Soc. 5 février 2014, n° 12-28352 ; Soc. 17 juin 2015, n° 14-14020 ; *Gaz. Pal.* 22 septembre 2015, p. 29, note critique C. Bléry ; *RTD civ.* 2015, 931, obs. Ph. Théry. Dans le même sens, pour l'appel en matière de pratiques anticoncurrentielles formé en application des articles L. 420-7 et R. 420-5 du code de commerce : Com. 21 février 2012, n° 11-13276, *B. IV*, n° 38 ; *D.* 2012, 677, note E. Chevrier ; *RTD civ.* 2012, 566, obs. Ph. Théry.

<sup>10</sup> Civ. 2, 21 mars 2019, n° 17-10663 (P) ; *D. Actu* 21 mars 2019, obs. R. Laffly.

<sup>11</sup> Civ. 2, 22 octobre 2020, n° 19-20766 (P).

<sup>12</sup> Civ. 2, 23 mars 2000, n° 97-11932, *B. II*, n° 53 ; *Procédures* 2000, n° 141, obs. R. Perrot ; *JCP* 2000, II, 10348, note Desideri.

<sup>13</sup> Civ. 2, 16 décembre 2004, n° 02-20364, *B. II*, n° 531 ; *Procédures* 2005, n° 43, obs. H. Croze ; *JCP* 2005, II, 10073, note Sander.

<sup>14</sup> B. Fauvarque-Cosson et J. François « Commentaire de la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile », *D.* 2008, 2512 et suiv., n° 23.

*est nulle par défaut de forme,... l'interruption est regardée comme non avenue »<sup>1</sup>.*

Reste à mesurer la portée exacte de cette innovation. A cet égard, l'article 2247 ancien n'envisageait que le « *défaut de forme* », tandis que l'article 2241 actuel emploie l'expression de « *vice de procédure* »<sup>2</sup>. Pour la jurisprudence, l'expression englobe le vice de fond comme le vice de forme. Le législateur n'ayant ainsi pas distingué entre l'un et l'autre, la demande en justice a effet interruptif qu'elle soit entachée d'un vice de fond<sup>3</sup> ou d'un vice de forme<sup>4</sup>. En effet, conformément aux règles générales d'interprétation, l'interprète n'a pas à distinguer là où le législateur s'en est abstenu : *Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*<sup>5</sup>. En revanche, une fin de non-recevoir n'est pas un « vice de procédure » au sens de ce texte, si bien qu'une demande irrecevable n'interrompt pas la prescription ou le délai de forclusion<sup>6</sup>. Le rejet d'une demande irrecevable par le tribunal étant définitif, l'effet interruptif de cette demande sera non venu, conformément à l'article 2243 du Code civil.

Ce maintien de l'effet interruptif de la demande en justice malgré l'annulation de l'acte de procédure qui la formalise, contrevient pourtant au principe général selon lequel l'annulation d'un acte opère rétroactivement<sup>7</sup>. Normalement, en effet, *Quod nullum est, nullum producit effectum*<sup>8</sup> – « *ce qui est nul est réputé n'avoir jamais existé* »<sup>9</sup>. Mais le législateur a sans doute été conscient du fait que le formalisme minutieux qui gouverne les demandes en justice, et tout particulièrement l'assignation, rend souvent excusable une erreur ou un oubli dans la rédaction de l'acte. Sanctionner cette erreur ou cet oubli par la privation rétrospective de la demande de son effet interruptif aura dès lors paru trop sévère.

Si la solution se comprend parfaitement lorsque la demande en justice est entachée d'un vice de forme, elle est néanmoins plus discutable quand cette demande est entachée d'un des vices de fond que l'article 117 du Code de procédure civile énumère limitativement<sup>10</sup>. Aussi bien une partie de la doctrine<sup>11</sup> critique-t-elle la rédaction de l'article 2241, alinéa 2, du Code civil, pour ne pas distinguer selon que le vice de procédure à l'origine de l'annulation de la demande en justice constitue un vice de forme ou un vice de fond.

<sup>1</sup> Cf. cpdt. Ch. mixte 7 juillet 2006, n° 03-20026, B. mixte, n° 6 ; *Procédures* 2006, n° 200, obs. R. Perrot ; *JCP* 2006, II, 10146, note E. Putman ; *RTD civ.* 2006, 820, obs. R. Perrot : il semble résulter implicitement de l'arrêt que, malgré les termes de l'article 2247 de l'époque, la signification d'une assignation entachée d'un vice de forme aurait interrompu la prescription. Mais, en admettant que telle fut bien sa portée (cf. Perrot, obs. préc.), l'arrêt, en tout cas, n'avait pas résolu la question de l'éventuel effet interruptif attaché à une assignation affectée d'une irrégularité de fond.

<sup>2</sup> D. Mas, *Le vice de procédure (réflexions désordonnées d'un artisan du droit sur l'article 2241, alinéa 2, du Code civil)*, L'Harmattan, 2014.

<sup>3</sup> Civ. 3, 11 mars 2015, n° 14-15198, B. III, n° 31 ; *JCP* 28 septembre 2015, n° 40, *doctr.* 1044, n° 11, obs. M. Billiau ; *ibid.* 23 novembre 2015, n° 48, *doctr.* 1304, n° 5, obs. L. Mayer ; *Procédures* mai 2015, n° 5, *comm.* 151, note Y. Strickler (assignation devant un tribunal de grande instance, sous la constitution d'un avocat inscrit à un barreau établi auprès d'un autre tribunal de grande instance) ; cf. déjà, dans le même sens : Civ. 2, 8 septembre 2011, n° 10-18342 (*idem*) ; Civ. 2, 16 octobre 2014, préc. (effet interruptif d'une déclaration d'appel entachée d'un vice de fond en application de l'article 117 du Code de procédure civile, car elle avait été formée par un avocat qui ne pouvait postuler auprès de la cour d'appel saisie, faute d'être inscrit à un barreau rattaché à un tribunal de grande instance situé dans le ressort territorial de cette cour) ; Civ. 2, 1er juin 2017, n° 16-14300, B. II, n° 116 ; D. 2017, 1868, obs. E. de Leiris ; *Procédures* 2017, *comm.* 178, 1ère espèce, note H. Croze (effet interruptif d'une déclaration d'appel entachée d'un vice de fond en application de l'article 117 du Code de procédure civile, parce qu'elle avait été formée par un mandataire dépourvu du pouvoir de relever appel au nom de son mandant) ; Civ. 2, 17 septembre 2020, préc. : *idem*. J. Junillon « Conséquence de la loi réformant la prescription : une déclaration d'appel irrégulière peut-elle interrompre le délai d'appel ? », *Procédures* 2009, *prat.* 2 ; D. Mas « L'acte de saisine de la juridiction, le vice de procédure et la Cour de cassation – de l'interprétation de l'article 2241, alinéa 2, du Code civil », *JCP* 30 octobre 2017, n° 44-45, 1117. Sur le problème posé par la portée de l'effet interruptif dans cette hypothèse d'une déclaration d'appel irrégulière, à laquelle l'article 2242 du Code civil, visant l'effet interruptif de « *la demande en justice* », semble malaisément applicable, cf. Amrani-Mekki, obs. préc. *JCP* 2015, *doctr.* 424, n° 10 ; Théry, obs. *RTD civ.* 2018, 962, citées *infra* ; Sansone, obs. préc. *D. actu.* 12 octobre 2020. Sur la distinction des vices de fond et des vices de forme, cf. *infra* : 2ème partie « L'instance », titre I « Le cadre juridique de l'instance », chap. II « Les actes et délais de procédure », section 1 « Les actes de procédure », § 3 « Sanction des irrégularités affectant un acte de procédure ».

<sup>4</sup> Civ. 2, 7 juin 2018, n° 17-16661, B. II, n° 116 ; *JCP* 25 juin 2018, *Act.* 729, note Ph. Gerbay ; *JCP* 2018, *doctr.* 1288, n° 10, obs. L. Mayer ; *RTD civ.* 2018, 962, obs. Ph. Théry.

<sup>5</sup> Roland et Boyer, *Adages du droit français*, n° 434.

<sup>6</sup> Civ. 2, 1er juin 2017, n° 16-15568, B. II, n° 112.

<sup>7</sup> Aussi cette dérogation au principe doit-elle être interprétée strictement : seule la demande en justice a un effet interruptif malgré son annulation pour vice de procédure, et non pas les autres actes de procédure, telles, par exemple, des conclusions en défense (Civ. 2, 19 février 2015, n° 14-10622, B. II, n° 40) ou un acte d'exécution forcée (Civ. 2, 1er mars 2018, n° 16-25746, B. II, n° 37).

<sup>8</sup> Roland et Boyer, *op. cit.*, n° 367.

<sup>9</sup> Civ. 1, 15 mai 2001, n° 99-20597, B. I, n° 133 ; *RTD civ.* 2001, p. 699, n° 3, obs. N. Molfessis.

<sup>10</sup> Cf. *infra* : 2ème partie « L'instance », titre I « Le cadre juridique de l'instance », chap. II « Les actes et délais de procédure », section 1 « Les actes de procédure », § 3 « Sanction des irrégularités affectant un acte de procédure ».

<sup>11</sup> S. Amrani-Mekki « Liberté, simplicité, efficacité, la nouvelle devise de la prescription ? », *JCP* 2008, I, 160 ; M. Bandrac « La nouvelle nature juridique de la prescription extinctive en matière civile », *RDC* 2008, p. 1413 et suiv., spéc. n° 17 et note 13 ; C. Brenner et H. Lécuyer « La réforme de la prescription », *JCP E* 2009, 1197, spéc. n° 24.

β) Portée de l'interruption de la prescription ou du délai préfix

La portée de l'interruption de la prescription ou du délai préfix entraînée par la demande en justice doit être précisée à trois égards. Tout d'abord, quelle est la durée du délai se substituant à celui interrompu ? Ensuite, quelle est la durée de l'interruption ? Enfin, l'effet interruptif est-il susceptible de s'étendre à une autre action que celle exercée ?

• Durée du délai commençant à courir postérieurement à l'interruption

Aux termes de l'article 2231 du Code civil, « *L'interruption efface le délai de prescription acquis. Elle fait courir un nouveau délai de même durée que l'ancien* ». Ainsi l'interruption de la prescription ou du délai préfix, qu'elle soit due à une demande en justice ou à une autre cause, entraîne-t-elle « *une remise de la pendule à zéro* »<sup>1</sup> : le délai interrompu est anéanti et un nouveau délai, d'une durée identique au précédent, commence à courir à l'issue de l'interruption<sup>2</sup>.

Ce principe était déjà acquis avant la réforme de la prescription par la loi du 17 juin 2008. Toutefois la jurisprudence y dérogeait pour les courtes prescriptions prévues par les articles 2271 à 2273 du Code civil, relatives à certaines créances. En effet, l'interruption de leur prescription entraînait une « *interversio de prescription* », estimait-on<sup>3</sup> : la prescription qui recommençait à courir postérieurement l'interruption était trentenaire, au motif que la nature de la créance avait changé en conséquence de l'interruption. Mais la généralité des termes de l'article 2231 actuel du Code civil condamne le mécanisme de l'interversio de prescription<sup>4</sup>, d'autant que la suppression des courtes prescriptions concernées le rend inapplicable.

• Durée de l'interruption résultant de la demande en justice

« *L'interruption résultant de la demande en justice produit ses effets jusqu'à l'extinction de l'instance* », selon l'article 2242 du Code civil. En d'autres termes, l'effet interruptif de la demande en justice se double d'un effet suspensif : à l'interruption de l'ancien délai, succède une suspension du nouveau délai<sup>5</sup>. En effet, ce dernier devrait normalement commencer à courir à compter de l'acte interruptif, en l'occurrence de la demande en justice. Néanmoins, son point de départ est retardé jusqu'à l'extinction de l'instance. Celle-ci constitue donc une cause de suspension de la prescription, selon la définition que l'article 2230 du Code civil donne de ce mécanisme : le cours de la prescription – ou du délai préfix – est arrêté temporairement, tant que dure la procédure. En principe, il est vrai, les délais préfix ne sont pas soumis à suspension, contrairement aux délais de prescription. Mais, en l'occurrence, le législateur a dérogé lui-même implicitement à ce principe, par l'article 2242 précité.

La jurisprudence a précisé que l'effet interruptif de la demande en justice durait jusqu'à l'extinction définitive de l'instance, c'est-à-dire « *jusqu'à ce que le litige trouve sa solution* »<sup>6</sup>, le cas échéant par l'exercice de voies de recours, ordinaires ou extraordinaires comme le pourvoi en cassation<sup>7</sup>. En d'autres termes, et bien que la jurisprudence ne soit pas toujours claire sur ce point, l'effet interruptif de la demande en justice ne cesse qu'avec une décision de justice irrévocable<sup>8</sup>.

Toutefois<sup>9</sup>, lorsque la demande tendait à voir ordonner une mesure d'instruction *in futurum* sur le fondement

<sup>1</sup> Bénabent, *Droit des obligations*, n° 858 ; R. Perrot, obs. *RTD civ.* 2006, 374 et suiv.

<sup>2</sup> Pour la critique de cette solution, cf. D. Mazeaud et R. Wintgen « La prescription extinctive dans les codifications savantes », *D.* 2008, 2523 et suiv., n° 25. Ces auteurs estiment qu'une simple suspension de la prescription durant la durée de l'instance aurait suffi, au lieu de reconnaître un nouveau délai identique au demandeur pour agir.

<sup>3</sup> Terré, Lequette, Simler et Chénéde, *Les obligations*, n° 1790 et les décisions citées.

<sup>4</sup> Com. 16 septembre 2014, n° 13-17252, *B.* IV, n° 125.

<sup>5</sup> R. Perrot, obs. *RTD civ.* 2006, 374 et suiv.

<sup>6</sup> Civ. 1, 8 décembre 1976, *B.* I, n° 392 ; Civ. 1, 12 décembre 1995, *B.* I, n° 456 ; Civ. 3, 21 juin 1978, *B.* III, n° 260 ; Soc. 3 juillet 2019, n° 17-23307.

<sup>7</sup> Chainais et alii, *Procédure civile*, n° 339.

<sup>8</sup> Civ. 1, 9 décembre 1997, *B.* I, n° 263 ; *D.* 1998, *somm.* 116, obs. Ph. Delebecq ; cf. retardant le point de départ du nouveau délai à la date de signification de la décision : Civ. 3, 15 février 2006, *B.* III, n° 41 ; *RTD civ.* 2006, 374, obs. critique R. Perrot. Sur la notion de décision de justice irrévocable, c'est-à-dire insusceptible d'être contestée par une voie de recours ordinaire ou même extraordinaire, cf. *infra* : 3ème partie « Le dénouement du procès », titre I « Le jugement », section 2 « Autorité de la chose jugée », § 2 « Domaine de l'autorité de la chose jugée », A. « Décisions revêtues de l'autorité de la chose jugée », 1. « Notion de jugement définitif tranchant une contestation ».

<sup>9</sup> Cf. *supra* : section 1 « Existence de l'action en justice », § 2 « Conditions objectives d'existence de l'action en justice », A.

de l'article 145 du Code de procédure civile, la prescription recommence à courir au jour où la mesure a été exécutée, pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois, selon l'article 2239 du Code civil. Le texte ne visant que la prescription, cette cause de suspension est inapplicable au délai de forclusion, contrairement à celle de l'article 2242 précité.

• Actions concernées par l'effet interruptif de la demande en justice

En principe, l'interruption de la prescription ou du délai préfix ne vaut que relativement à l'action exercée : elle ne peut s'étendre d'une action à l'autre. Il en va néanmoins autrement, d'après une jurisprudence traditionnelle de la Cour de cassation, lorsque les deux actions, quoique ayant des « causes » distinctes, tendent à un seul et même but, de telle sorte que la seconde est virtuellement comprise dans la première<sup>1</sup>.

Ex. l'interruption de la prescription d'une créance, résultant de l'exercice, par le créancier, d'une action paulienne, fondée sur l'ancien article 1167 du Code civil – remplacé par l'article 1341-1 du Code civil, issu de l'ordonnance du 10 février 2016 – et tendant à lui voir déclarer inopposable l'aliénation frauduleuse de certains biens par son débiteur, bénéficie à l'action en recouvrement forcée par voie de saisie immobilière de ces mêmes biens, que ce créancier engage ultérieurement<sup>2</sup>.

Ex. l'effet interruptif d'une assignation en remboursement d'un prêt, dirigée par le prêteur contre la veuve de l'emprunteur prise en sa qualité d'héritière, s'étend à l'action ayant le même objet, dirigée contre la veuve prise cette fois-ci en sa qualité de conjoint survivant attributaire de l'intégralité de la communauté universelle ayant existé entre les époux, dès lors que cette action a été engagée avant que la première ne soit définitivement rejetée<sup>3</sup>.

La Cour de cassation a récemment ajouté que c'est non seulement l'interruption, mais encore la suspension de la prescription, qui s'étend ainsi d'une action à une autre, lorsque les deux actions tendent à un même but, de sorte que la seconde est virtuellement comprise dans la première<sup>4</sup>.

χ) Obstacles à l'interruption de la prescription ou du délai préfix

Aux termes de l'article 2243 du Code civil, « *L'interruption est non avenue si le demandeur se désiste de sa demande*<sup>5</sup> ou *laisse périmer l'instance*<sup>6</sup>, ou si sa demande est définitivement rejetée »<sup>7</sup>.

Peu importe que le juge ait définitivement rejeté la demande parce qu'elle était mal fondée ou bien parce qu'elle était irrecevable<sup>8</sup>. En effet, l'article 2243 ne fait aucune distinction. Or

« Condition relative aux délais pour agir », 2. « Les différents délais pour agir ».

<sup>1</sup> Req. 3 avril 1906, S. 1907, 1, 417, note A. Tissier ; Soc. 15 juin 1961, n° 58-51528, B. IV, n° 650 ; Civ. 3, 22 septembre 2004, n° 03-10923, B. III, n° 152 ; Soc. 3 novembre 2005, n° 03-47131 ; Civ. 3, 10 mai 2006, n° 05-13603 ; Civ. 2, 21 janvier 2010, n° 09-10944, B. II, n° 22 ; Civ. 3, 19 mai 2010, n° 09-12689, B. III, n° 97 ; Civ. 2, 3 février 2011, n° 09-17213 ; *RTD civ.* 2011, 387, obs. R. Perrot ; Civ. 1, 13 décembre 2012, n° 11-23886 ; Civ. 2, 21 mars 2013, n° 11-21495 ; Civ. 1, 2 juillet 2014, n° 12-21776, 13-14730 et 13-16637 ; Com. 16 juin 2015, n° 14-16772 ; Civ. 1, 5 octobre 2016, n° 15-25459, B. I, n° 189 ; Civ. 2, 14 janvier 2021, n° 19-20316 (P) ; *Lettre C2* n° 2, juillet 2021, p. 8 ; *Gaz. Pal.* 23 février 2021, p. 24, obs. M. Mignot ; *ibid.* 27 avril 2021, p. 63, obs. N. Hoffschir : action en référé fondée sur l'article 145 du Code de procédure civile, tendant au même but qu'une action au fond en indemnisation, si bien l'effet interruptif de prescription de l'exercice de la première s'étend à la prescription de la seconde ; Civ. 2, 2 mars 2023, n° 21-18771 (B) : action en référé fondée sur l'article 145 du Code de procédure civile, tendant à voir établir l'existence de vices rédhibitoires, tendant au même but qu'une action au fond en dommages-intérêts pour inexécution de l'obligation de délivrance conforme. En l'occurrence, la « cause » ne doit pas s'entendre au sens du but de la demande, comme dans la jurisprudence *Cesareo* (Ass. plén. 7 juillet 2006, *Cesareo*, n° 04-10672, B. n° 8 ; *BICC* 15 octobre 2006, rap. C. Charruault, avis av. gén. A. Benmakhlouf), mais au sens du fondement de la demande. Cf. *supra* : Introduction générale, section 2 : Le litige, § 1 Genèse du litige, B. Eléments constitutifs du litige, 2. La cause du litige.

<sup>2</sup> Civ. 2, 21 mars 2013, préc.

<sup>3</sup> Versailles 22 novembre 2012, RG n° 11/06410.

<sup>4</sup> Civ. 2, 2 mars 2023, n° 21-18771 (B), préc.

<sup>5</sup> Cependant le désistement d'un appel motivé par la saisine d'une cour d'appel incompétente, ne prive pas la déclaration d'appel de son effet interruptif (Civ. 2, 22 octobre 2020, n° 19-20766 (P)). En effet, l'appelant ne se désiste alors de son appel que pour former un second appel devant la cour d'appel compétente. Il n'entend nullement renoncer à ses prétentions.

<sup>6</sup> Civ. 1, 10 avril 2013, B. I, n° 69 ; *Procédures* 2013, n° 177, note R. Perrot ; *JCP* 2013, 605, note G. Deharo et 1225, n° 8, obs. S. Amrani-Mekki.

<sup>7</sup> J. Jourdan-Marques « Faut-il abroger l'article 2243 du Code civil ? », *Procédures* n° 7, juillet 2016, étude n° 7.

<sup>8</sup> Civ. 1, 23 juin 2002, n° 99-12222, B. I, n° 141 ; D. 2002, 3178, obs. H. Groutel ; Civ. 2, 8 octobre 2015, n° 14-17952, avis, *Procédures* 2016, comm. 2, note H. Croze ; *Gaz. Pal.* 22 décembre 2015, p. 20, note L. Mayer ; Com. 26 janvier 2016, n° 14-17952, B. IV, n° 17 ; *Gaz. Pal.* 12 avril 2016, p. 62, note N. Fricero et p. 76, note Th. Montéran ; Civ. 1, 1er février 2017, n° 15-27245, B. I, n° 35 ; *Gaz. Pal.* 4 juillet 2017, p. 77, obs. S. Travade-Lannoy ; *LPA* 27 avril 2017, n° 84, p. 11, note P.-L. Niel ; Civ. 2, 1er juin 2017, n° 16-15568, B. II, n° 112 ; D. 2017, 1868, obs. E. de Leiris ; *Procédures* 2017, comm. 178, 2ème espèce, note H.

le rejet d'une demande irrecevable est tout aussi « définitif »<sup>1</sup> que celui d'une demande mal fondée.

Le texte visant exclusivement des causes d'extinction de l'instance, une simple suspension de l'instance ne fait, à l'inverse, pas disparaître l'effet interruptif attaché à la demande en justice<sup>2</sup>. Ainsi, la radiation de l'affaire du rang des affaires en cours, faute de diligences accomplis par les parties, conformément à l'article 381 du Code de procédure civile est sans conséquence sur la poursuite de l'interruption découlant de la demande en justice<sup>3</sup>. De même en va-t-il du sursis à statuer<sup>4</sup>.

En revanche, l'article 2243 du Code civil ne citant que la péremption d'instance ou le désistement, la question s'est posée de savoir si la règle qu'il édicte méritait d'être étendue à cette autre cause d'extinction de l'instance par voie principale qu'est, selon l'article 385, alinéa 1er, du Code de procédure civile, la caducité de la citation et, plus généralement, la caducité de la demande<sup>5</sup>, car cette dernière n'emprunte pas nécessairement la forme d'une citation ou assignation.

En particulier, l'article 754, dernier alinéa, du Code de procédure civile à propos du tribunal judiciaire et l'article 857, alinéa 2 à propos du tribunal de commerce, sanctionnent le défaut de remise de l'assignation au greffe dans les délais impartis par la caducité de cette assignation.

Quant aux articles 908 et 911, alinéa 1er, du Code de procédure civile, ils prévoient qu'à peine de caducité, relevée d'office par le juge, de la déclaration d'appel, l'appelant dispose d'un délai de trois mois à compter de cette déclaration pour remettre ses conclusions au greffe et les notifier à l'avocat de l'intimé. Or une jurisprudence controversée de la Cour de cassation considère la déclaration d'appel comme une demande en justice au sens de l'article 2241 du Code civil, en dépit du fait qu'une telle déclaration n'est le support d'aucune demande. Ce n'est en effet que dans ses conclusions, qu'il notifiera ultérieurement à (l'avocat de) l'intimé et déposera au greffe de la cour, que l'appelant formulera ses prétentions.

Dans le silence des textes, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, par un arrêt du 3 avril 1987<sup>6</sup>, a jugé qu'une assignation devenue caduque, faute d'avoir été placée dans les délais réglementaires<sup>7</sup>, était privée d'effet interruptif<sup>8</sup>. La deuxième Chambre civile a, depuis lors, étendu cette solution en refusant tout effet interruptif à la demande en justice en général, lorsqu'elle est tombée en caducité, que son support soit, ou non, une citation<sup>9</sup>.

Pourtant la caducité se définit comme l'état d'un acte que des circonstances postérieures à sa création rendent inefficace. Aussi opère-t-elle traditionnellement, en droit civil, sans rétroactivité. Or l'assignation, notamment, interrompt le délai de prescription ou le délai

---

Croze ; Civ. 2, 7 septembre 2017, n° 16-19202 ; Civ. 2, 21 mars 2019, n° 17-10663 (P) ; *adde* : Civ. 2, 1er mars 2018, n° 17-10942, *Gaz. Pal.* 31 juillet 2018, obs. N. Hoffschir. *Cf.*, déjà, sous l'empire de l'article 2247 ancien du Code civil, lequel énonçait que l'interruption était « regardée comme non avenue », si la « demande est rejetée », sans préciser, il est vrai, qu'elle devait l'être « définitivement » : Civ. 3, 21 juin 1978, n° 77-10112, *B. III*, n° 263 ; Civ. 2, 4 février 1998, n° 95-20700, *B. II*, n° 44 ; Civ. 1, 22 mai 2002, n° 99-12222, *B. I*, n° 141 ; *D.* 2002, 3178, obs. H. Groutel.

<sup>1</sup> Ainsi, par application de l'article 2243 du Code civil, l'interruption de prescription résultant d'une demande en paiement d'une provision formée en référé est-elle réputée non avenue, si le juge des référés a décidé n'y avoir lieu à référé et a renvoyé le demandeur à se pourvoir au fond, au motif que l'existence de l'obligation avait un caractère sérieusement contestable (Civ. 3, 18 avril 2019, n° 18-10811 – *cf.* article 835, alinéa 2, du Code de procédure civile, ancien article 809, alinéa 2 du même code). En effet, le juge des référés a bien rejeté « définitivement » la demande en paiement de la provision, sauf à l'auteur de celle-ci à former une demande en paiement de la créance au fond.

<sup>2</sup> *Cf. infra* : 2ème partie « L'instance », titre III « Incidents d'instance ».

<sup>3</sup> Civ. 1, 10 avril 2013, n° 12-18193, *B. I*, n° 69 ; *D.* 2013, 1073.

<sup>4</sup> Civ. 3, 22 mars 1983, *B. III*, n° 81.

<sup>5</sup> *Cf. infra* : Incidents d'instance.

<sup>6</sup> Ass. plén. 3 avril 1987, *B. plénière*, n° 2 ; *D.* 1988, *somm.* 122, obs. P. Julien ; *JCP* 1987, II, 20792, concl. J. Cabannes ; *RTD civ.* 1987, 401, obs. R. Perrot ; dans le même sens : Soc. 21 mai 1996, *B. V*, n° 193 ; Civ. 3, 1er février 2012, n° 11-10482, *B. III*, n° 19 ; *D.* 2012, 496, obs. Y. Rouquet (décision rendue sous l'empire du droit antérieur à la réforme de la prescription).

<sup>7</sup> Contrairement au défaut de remise de l'assignation, dans les délais réglementaires, au greffe pour être placée, son absence d'enrôlement ne la rend pas caduque (Civ. 2, 9 avril 2015, n° 14-13230 : assignation placée dans les délais, mais que le greffe de la juridiction ainsi saisie n'avait pas enrôlée, car la date d'audience qu'elle mentionnait correspondait à un jour où la juridiction saisie ne siégeait pas).

<sup>8</sup> En revanche, la caducité d'une mesure d'instruction ne peut priver l'assignation introductive d'instance de son effet interruptif d'un délai de prescription (Civ. 2, 26 septembre 2013, n° 12-25433, *B. II*, n° 181 : caducité d'une mesure d'expertise, faute pour le demandeur d'avoir consigné la provision mise à sa charge par le jugement faisant droit à sa demande d'expertise).

<sup>9</sup> Civ. 2, 21 mars 2019, n° 17-31502 (P) ; *D. actu.* 29 avril 2019, obs. G. Deharo ; *Gaz. Pal.* 23 juillet 2019, 39, note L. Mayer : absence d'effet interruptif de la déclaration d'appel frappée de caducité, faute pour l'appelant d'avoir conclu dans les délais que les articles 908 et 911 du Code de procédure civile lui impartissent.



préfix à sa date, et non à celle, ultérieure, où elle est placée au secrétariat-greffe<sup>1</sup>. Quant à la déclaration d'appel, assimilée par la jurisprudence à une demande en justice, elle interrompt la prescription à la date de sa remise au greffe, et non, à celle, postérieure, où l'appelant régularise ses conclusions d'appel. L'absence de rétroactivité attachée à la caducité de l'acte aurait dû logiquement entraîner la solution inverse de celle retenue par l'Assemblée plénière<sup>2</sup>. La deuxième Chambre civile avait d'ailleurs jadis statué en ce sens<sup>3</sup>, avant d'être démentie par l'Assemblée plénière, puis de se rallier à celle-ci en étendant sa solution à la demande en justice en général.

On comprend bien que, dans son arrêt du 3 avril 1987, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation avait voulu empêcher la manœuvre consistant à interrompre une prescription par une assignation purement conservatoire<sup>4</sup>, que son auteur n'a pas l'intention de placer de toute façon. Mais cela revient à considérer que l'assignation qui n'a pas été enrôlée équivaut au « néant », selon l'expression de M. Perrot<sup>5</sup>, et donc implicitement à conférer à la caducité d'un acte un effet rétroactif, contrairement aux principes généraux. L'Assemblée plénière était d'ailleurs si consciente de la difficulté, qu'elle s'est bornée à affirmer, dans son arrêt, qu'« *une assignation dont la caducité a été constatée n'a pu interrompre le cours de la prescription* », sans en donner de raison. Le particularisme du droit judiciaire privé a conduit ainsi à un renversement complet des principes du droit civil : d'une part, la nullité de la demande en justice est en partie privée de de rétroactivité<sup>6</sup>, d'autre part, sa caducité opère, quant à elle, rétroactivement !

Certes, l'article 385, alinéa 2, du Code de procédure civile précise que « *la constatation de l'extinction de l'instance et du dessaisissement du juge* » par l'effet de la péremption, du désistement d'instance ou de la caducité de la citation « *ne met pas obstacle à l'introduction d'une nouvelle instance, si l'action n'est pas éteinte par ailleurs* ». Mais on saurait conclure à coup sûr de cette réserve générale, applicable aux trois cas d'extinction de l'instance par voie principale, que le législateur a entendu priver d'effet interruptif une citation devenue caduque. On le saurait d'autant moins que, dans sa version issue de la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile, l'article 2243 du Code civil énonce, quant à lui, on l'a vu, que « *L'interruption est non avenue si le demandeur se désiste de sa demande ou laisse périmer l'instance, ou si sa demande est définitivement rejetée* ». Et l'article 2247 du Code civil, en sa rédaction originale, affirmait déjà cette solution. Le Code civil qualifie donc de non avenue l'interruption uniquement lorsque l'extinction de l'instance par voie principale résulte d'une péremption ou d'un désistement, et non lorsque cette extinction est provoquée par la caducité de la citation. En raisonnant *a contrario*, on pouvait être tenté d'en déduire, de prime abord, que la volonté implicite des rédacteurs du Code civil, réaffirmée en 2008, a été de conserver son effet interruptif à la citation devenue caduque.

Néanmoins l'interprétation *a contrario* est souvent hasardeuse, pour reposer sur une interprétation divinatoire de la volonté du législateur. De fait, elle ne se justifie que quand elle permet le retour à un principe incontesté<sup>7</sup>. Or tel ne semblait pas le cas en l'occurrence. En effet, en sa rédaction issue de la loi du 17 juin 2008, l'article 2241 du Code civil précise désormais que la citation annulée ultérieurement pour vice de procédure conserve son effet interruptif, contrairement à la solution qui figurait dans l'ancien article 2247. En revanche, il ne dit rien d'un effet interruptif qui serait désormais attaché à une assignation caduque. Si on estime que ce silence n'est pas fortuit, on pouvait en déduire, toujours *a contrario*, que la solution de l'Assemblée plénière conservait son autorité.

En définitive, la confrontation des différents textes ne permet pas de dégager la volonté du législateur avec certitude. Aussi, bien que l'arrêt de l'Assemblée plénière du 3 avril 1987 eût été rendu avant la réforme de la prescription en 2008, la doctrine a généralement considéré que sa solution n'était pas remise en cause par les nouveaux textes<sup>8</sup>. La deuxième Chambre civile a effectivement fini par se prononcer en ce sens, en étendant au passage la solution de l'arrêt d'Assemblée plénière à la demande en justice en général, qu'elle prenne ou non la forme d'une assignation<sup>9</sup>.

## b. Mise en demeure du débiteur

<sup>1</sup> Civ. 1, 28 mai 2015, préc.

<sup>2</sup> Strickler et Varnek, *op. cit.*, n° 302.

<sup>3</sup> Civ. 2, 13 février 1985, B. II, n° 36.

<sup>4</sup> En revanche, serait-elle simplement préventive, une assignation effectivement placée produit son effet interruptif, sauf, comme le prévoit l'article 2243 du Code civil, en cas de désistement, péremption d'instance ou rejet définitif de la demande par le juge (Civ. 2, 2 juin 2016, n° 15-19618 15-19619, B. II, n° 149).

<sup>5</sup> Perrot, *obs. préc.*

<sup>6</sup> *Cf. supra.*

<sup>7</sup> Carbonnier, *Droit civil*, t. I.

<sup>8</sup> Cadiet et Jeuland, *op. cit.*, n° 462 ; L. Miniato « La loi du 17 juin 2008 rend-elle caduque la jurisprudence de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation ? », *D.* 2008, *chr.* 2952 ; implicitement : Terré, Simler, Lequette et Chénédy, *Les obligations*, n° 1789 ; *contra*, implicitement : S. Amrani-Mekki « Liberté, simplicité, efficacité, la nouvelle devise de la prescription ? », *JCP* 2008, I, 160.

<sup>9</sup> Civ. 2, 21 mars 2019, préc. Auparavant, la deuxième Chambre civile avait d'ailleurs jugé qu'un acte d'exécution forcée frappé de caducité n'interrompait pas la prescription extinctive en application de l'article 2244 du Code civil (Civ. 2, 4 septembre 2014, n° 13-11887, B. II, n° 179 ; *D. actualité*, 17 septembre 2014, *obs.* V. Avena-Robardet ; *D.* 2014, 1828 ; Civ. 2, 19 février 2015, n° 13-28445, B. II, n° 47). On aurait mal compris qu'elle en jugeât différemment d'une demande en justice devenue caduque.

C'est un effet fondamental de la demande en justice. Dans les dettes de somme d'argent, elle fait donc courir les intérêts moratoires (article 1344-1 du Code civil<sup>1</sup>). Dans les obligations portant sur un corps certain, elle entraîne le transfert des risques liés à la chose au débiteur (article 1344-2 du Code civil<sup>2</sup>).

Si la demande en justice vaut mise en demeure, il ne faudrait pas en conclure, à l'inverse, que toute mise en demeure doit résulter nécessairement d'une telle demande. L'article 1344 du Code civil précise, d'une manière générale, la forme qu'une mise en demeure adressée au débiteur doit revêtir, pour être efficace :

*« Le débiteur est mis en demeure de payer soit par une sommation ou un acte portant interpellation suffisante, soit, si le contrat le prévoit, par la seule exigibilité de l'obligation. »*

La sommation consiste en un exploit d'huissier signifié au débiteur. Elle présente une sécurité juridique certaine, puisque c'est un acte authentique accompli par un officier ministériel. Mais son coût non négligeable constitue un inconvénient. Aussi l'article 1344 admet-il que la mise en demeure puisse résulter d'un autre acte qu'une sommation, pourvu qu'il interpelle suffisamment le débiteur.

A cet égard, l'ancien article 1139 du Code civil, que l'article 1344 nouveau remplace, prévoyait que l'acte équivalent à une sommation pouvait consister en une lettre missive. Même si l'article 1344 ne le précise plus désormais expressément, une lettre continuera de valoir mise en demeure, s'il en résulte une interpellation suffisante du débiteur<sup>3</sup>. Rien n'indique en effet que les auteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 aient entendu condamner le droit antérieur sur ce point. Pour des motifs de sécurité juridique, la lettre de mise en demeure est systématiquement adressée au débiteur en recommandé avec demande d'avis de réception. Mais elle n'est pas soumise aux dispositions des articles 665 et suivants du code de procédure civile relatifs à la notification des actes de procédure en la forme ordinaire<sup>4</sup>. Il en résulte notamment qu'elle est régulière et fait courir les intérêts moratoires, quand bien même le débiteur n'en aurait pas accusé réception<sup>5</sup>.

A la différence de la demande en justice, la simple mise en demeure du débiteur, serait-elle opérée par un acte extrajudiciaire comme un commandement ou une sommation, n'interrompt pas la prescription<sup>6</sup>.

#### c. Caractère litigieux du droit

Le droit objet de la contestation en justice devient litigieux (article 1700 du Code civil), ce qui rend impossible sa cession à certaines personnes énumérées par l'article 1597 du Code civil et ouvre le droit de retrait litigieux au cédé – c'est-à-dire la personne contre laquelle le droit existe, par exemple le débiteur d'une créance faisant l'objet d'une cession. Le droit de retrait litigieux confère la faculté au cédé de se substituer au cessionnaire en lui remboursant le prix de cession, de l'exproprier, en quelque sorte (article 1699 du Code civil).

#### d. Transmissibilité de l'action

La demande a parfois pour conséquence de rendre transmissible une action qui, par nature, ne l'était pas, ainsi par exemple l'action en révocation d'une donation pour ingratitude. Celle-ci ne pouvant être engagée que par le donateur à l'encontre du donataire, n'est pas transmissible aux héritiers du donateur, à moins que celui-ci ne l'ait intentée de son vivant ou qu'il ne soit décédé dans l'année du délit imputé au donataire (article 957, alinéa 2, du Code civil)<sup>7</sup>.

En revanche, certaines actions personnelles s'éteignent avec leur décès de leur titulaire, quand bien même l'action aurait déjà été exercée de son vivant, par l'introduction d'une demande en justice. L'article 384, alinéa 1er, du Code de procédure civile évoque ces actions en tout état de cause non transmissibles, qui s'éteignent par le décès d'une partie en cours d'instance.

<sup>1</sup> Ancien article 1153 du Code civil.

<sup>2</sup> Anciens articles 1138, alinéa 2 et 1302, alinéa 1er, du Code civil.

<sup>3</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 977.

<sup>4</sup> Civ. 1, 20 janvier 2021, n° 19-20680 (P) ; *D. actualité* 11 février 2021, obs. J.-D. Pellier. *Cf. infra* : « 2ème partie « L'instance », titre I « Cadre juridique de l'instance », chap. III « Formalisme de l'instance (actes et délais de procédure) », section 1 « Actes de procédure », § 2 « Notification des actes de procédure », A. « Les modes généraux de notification des actes de procédure », 2. « La notification en la forme ordinaire ».

<sup>5</sup> *Ibid.*

<sup>6</sup> Com. 18 mai 2022, n° 20-23204 (B).

<sup>7</sup> Civ. 1, 27 janvier 2021, n° 19-18278 (P) ; *RJPF* 2021-3/32, note G. Drouot et C-M. Péglion-Zika : au sens de l'article 957, alinéa 2, a qualité d'héritier au sens de ce texte non seulement l'héritier *ab intestat*, mais encore le légataire universel. En revanche, le légataire particulier, qui, à la différence du légataire universel, ne continue pas la personne du défunt, n'est pas héritier au sens de ce texte (Douai 27 juillet 1937, *S.* 1938, 2, 109).

Tel est le cas, par exemple, de l'action en divorce. Le décès d'un époux est en effet une cause de dissolution du mariage (article 227 du Code civil). Il entraîne donc l'extinction de l'action en divorce, s'il est survenu avant que la décision prononçant le divorce n'ait acquis force de chose jugée<sup>1</sup>.

## B. Les moyens de défense

A peine d'irrecevabilité, les moyens de défense doivent tous satisfaire aux conditions de forme impérativement posées par l'article 59 du Code de procédure civile, quelle que soit la procédure applicable devant la juridiction saisie du litige :

*« Le défendeur doit, à peine d'être déclaré, même d'office, irrecevable en sa défense, faire connaître :*

- a) S'il s'agit d'une personne physique, ses nom, prénoms, profession, domicile, nationalité, date et lieu de naissance ;*
- b) S'il s'agit d'une personne morale, sa forme, sa dénomination, son siège social et l'organe qui le représente. »*

Cela précisé, les articles 71 à 126 du Code de procédure civile distinguent trois moyens de défense :

- les défenses au fond
- les exceptions de procédure
- les fins de non-recevoir

Remarque : la demande reconventionnelle joue également souvent le rôle un moyen de défense, puisqu'en contre-attaquant, le défendeur résiste indirectement à la demande initiale.

Ex. déjà cité, du débiteur assigné en paiement d'une dette contractuelle, qui sollicite à titre reconventionnel la nullité du contrat.

Mais il n'en va pas toujours ainsi, comme on l'a déjà vu. Aussi le Code de procédure civile la classe-t-il parmi les demandes incidentes et la soumet-il au régime procédural de ces dernières, au lieu de la ranger dans les moyens de défense. On n'en traitera donc pas à nouveau.

### 1. Les défenses au fond

On examinera successivement la notion de défense au fond, puis le régime juridique des défenses au fond.

#### a. Notion de défense au fond

Aux termes de l'article 71 du Code de procédure civile : *« Constitue une défense au fond tout moyen qui tend à faire rejeter comme non justifiée, après examen au fond du droit, la prétention de l'adversaire. »* La défense au fond consiste donc à dénier le droit substantiel du demandeur<sup>2</sup>, en contestant soit les faits que celui-ci invoque à l'appui de sa demande, soit la règle droit de qu'il invoque. Ce droit peut être dénié dans son existence ou dans son étendue.

Ex. demande en remboursement d'un prêt. Le défendeur alléguera n'avoir jamais reçu les fonds ou les avoir déjà remboursés ou encore avoir bénéficié d'une donation au lieu d'avoir contracté un prêt.

#### b. Régime juridique des défenses au fond

La défense au fond peut être proposée en tout état de cause (article 72 du Code de procédure civile)<sup>3</sup>, à tout moment comme à n'importe quel stade de la procédure, première instance, appel et

<sup>1</sup> Civ. 1, 20 juin 2006, n° 05-16150, B. I, n° 317 : décès d'un époux survenu en cours d'instance, alors qu'il avait formé un pourvoi en cassation contre l'arrêt d'une cour d'appel prononçant son divorce d'avec son conjoint et le condamnant au paiement d'une prestation compensatoire. Pour d'autres exemples d'actions intransmissibles, cf. ég. Civ. 1, 4 février 1981, n° 78-13284, B. I, n° 44 ; Gaz. Pal. 1981, 577, note J. Viatte ; Civ. 1, 21 novembre 2006, n° 05-19015, B. I, n° 497 : instance disciplinaire contre un avocat.

<sup>2</sup> Au contraire de la fin de non-recevoir, qui consiste à dénier le droit d'agir à l'adversaire, et non son droit substantiel. Cf. *supra* : chap. 1 « Généralités sur l'action en justice », section 1 « Notion d'action en justice » et *infra* : 3. « Les fins de non-recevoir ».

<sup>3</sup> Civ. 2, 3 novembre 2016, n° 15-25427, B. II, n° 149.

même cassation. Elle échappe même, selon la Cour de cassation<sup>1</sup>, à la prescription extinctive, à laquelle l'action est, sauf exception<sup>2</sup>, soumise. En effet, par hypothèse même, le plaideur qui forme une défense au fond, se borne à contester le droit de son adversaire. Il n'invoque donc lui-même aucun droit substantiel qui pourrait être soumis à prescription.

L'article 564 du Code de procédure civile fait application à la procédure d'appel du principe posé à l'article 72 du même code. Au principe de l'irrecevabilité des prétentions nouvelles en appel, il apporte en effet plusieurs exceptions, au nombre desquelles figure la prétention destinée à « *faire écarter les prétentions adverses* ». Or tel est le but de la défense au fond, selon l'article 71 précité du Code de procédure civile. Même formée pour la première fois en appel, une défense au fond demeure donc recevable<sup>3</sup>. Conformément à la règle générale énoncée par l'article 72 du Code, il en va de même de la défense au fond invoquée pour la première fois devant la Cour de cassation.

## 2. Les exceptions de procédure

On examinera successivement la notion d'exception de procédure, les variétés d'exceptions de procédure et le régime juridique des exceptions de procédure.

### a. Notion d'exception de procédure

On retracera brièvement l'évolution historique de la notion, avant d'en venir au droit actuel.

- Évolution historique<sup>4</sup>

Le mot exception a son origine dans la procédure formulaire romaine, à une époque où le défendeur disposait de deux moyens de défense différents : ou bien il s'opposait directement à la prétention de son adversaire en faisant valoir une défense, ou bien, par application du droit prétorien, il faisait valoir un fait distinct de nature à paralyser la demande, par exemple l'*exceptio doli*. Mais ce moyen de défense devait alors être soumis au prêteur sous la forme d'une *exceptio*, insérée dans l'*intentio* de la formule.

Cette terminologie aurait dû disparaître avec la procédure formulaire. Mais, comme cela arrive souvent, le mot « exception » a survécu en acquérant un autre sens. Dans l'Ancien droit, il désignait en effet tous les moyens de défense par lesquels le défendeur résistait à la demande de son adversaire sans s'attaquer directement au fond du droit. Toutefois, ainsi largement entendu, le terme « exception » englobait des moyens de défense diversifiés dont certains tomberaient aujourd'hui sous la qualification de défense au fond ou de fin de non-recevoir<sup>5</sup>, par exemple l'exception de nullité<sup>6</sup> ou l'exception de prescription<sup>7</sup>.

- Droit actuel

Cette évolution historique explique l'équivoque de ce terme en droit actuel, entretenue par le législateur lui-même, la jurisprudence et la doctrine. Au sens large, l'exception est en effet synonyme de « moyen de défense » en général, comme dans l'adage « *le juge de l'action est le juge de l'exception* » ou comme lorsqu'on parle de « l'exception d'inexécution », de « l'exception de jeu », de « l'exception de chose jugée », de « l'exception de nullité » d'un acte

<sup>1</sup> Civ. 1, 31 janvier 2018, n° 16-24092, B. I, n° 13 ; D. 2018, 1884, n° 6, obs. P. Crocq ; JCP 2018, 275, note Y.-M. Serinet ; *ibid.*, *doctr.* 530, n° 5, obs. critiques R. Libchaber ; RTD civ. 2018, 455, obs. P. Crocq.

<sup>2</sup> Seule l'action en revendication, visant à sanctionner le droit de propriété, est imprescriptible, en raison, on le sait, du caractère perpétuel du droit de propriété (article 2227 du Code civil, *in limine*).

<sup>3</sup> Civ. 2, 9 septembre 2021, n° 20-17435 (B).

<sup>4</sup> Les développements qui suivent sont empruntés à R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. I, p. 96.

<sup>5</sup> H. Motulsky, note ss. Civ. 2, 6 juin 1962, JCP 1963, II, 13191, reproduite in : *Écrits et notes de procédure civile*, p. 354 et suiv.

<sup>6</sup> Civ. 3, 16 mars 2010, n° 09-13187, B. III, n° 63 ; JCP 2010, *doctr.* 983, n° 16, obs. Y.-M. Serinet ; D. 2010, AJ 902 ; *Dr. et proc.* 2010, 193 ; RTD civ. 2010, 374, obs. R. Perrot ; RDC 2010, 1208, 1ère espèce, note Y.-M. Laithier ; *Defrénois* 2010, 1703, note H. Lécuyer.

<sup>7</sup> Le moyen de défense tiré de la prescription extinctive est, comme on l'a vu précédemment (*cf. supra* : section 1 « Conditions d'existence de l'action en justice », § 2 « Conditions objectives d'existence de l'action en justice ») une fin de non-recevoir, visée expressément par l'article 122 du Code de procédure civile. Conformément aux dispositions des articles 124 du Code de procédure civile et 2248 du Code civil, et contrairement à la plupart des exceptions de procédure, il peut donc être invoqué en tout état de cause (*cf. infra* : 3. « Les fins de non-recevoir ») et même en cause d'appel (Civ. 2, 26 juin 1996, n° 93-18183, B. II, n° 185), comme l'article 2248 le précise. En revanche, ce moyen ne saurait, à peine d'irrecevabilité, être soulevé pour la première fois devant la Cour de cassation, car il serait nouveau et mélangé de fait et de droit (Civ. 1, 5 mai 1962, B. I, n° 222 ; Soc. 17 décembre 1962, B. IV, n° 909 ; Civ. 1, 27 février 1973, B. I, n° 71 ; Com. 22 février 1983, n° 78-15841 et 78-16141, B. IV, n° 76 ; Civ. 1, 10 mai 2000, D. 2000, A.J. 317, obs. C. Rondey), puisque les juges du fond ne peuvent le relever d'office (Civ. 1, 3 juillet 1984, B. I, n° 216 ; Com. 19 décembre 2000, n° 98-15821, B. IV, n° 197).

juridique affecté d'un vice de formation<sup>1</sup> ou encore de « l'exception de compensation »<sup>2</sup>. Il reste qu'en procédure civile actuelle, le terme « exception » a une signification technique plus précise, résultant de la définition qu'en donne 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.* »

Ex. l'exception d'incompétence (articles 75 et suivants du Code de procédure civile) tend à faire déclarer la procédure irrégulière, au motif que le tribunal saisi était incompétent, soit du point de vue de la compétence d'attribution, soit territorialement. Si elle est accueillie, l'affaire devra en effet être renvoyée devant la juridiction compétente.

Ex. Lorsqu'elle vise la demande introductive d'instance, l'exception de nullité (articles 112 et suiv. du Code de procédure civile) entraîne l'extinction de l'instance. Si elle prospère, le demandeur devra réintroduire une nouvelle instance au moyen d'une demande régulière.

Ex. l'exception dilatoire, reconnue à une partie bénéficiant soit d'un délai pour faire inventaire et délibérer, soit d'un bénéfice de discussion ou de division, entraîne la suspension de l'instance, aux termes de l'article 108 du Code de procédure civile.

En ce sens technique, l'exception désigne donc un obstacle temporaire à la procédure, d'ordre formel, visant à paralyser l'instance. Le défendeur qui invoque une exception de procédure ne discute pas le bien-fondé de la prétention du demandeur, mais il entend obtenir l'ajournement de l'examen immédiat de ce bien-fondé.

De fait, si le juge accueille l'exception, la décision rendue n'aura l'autorité de la chose jugée que sur cette exception : « *Le jugement qui (...) statue sur une exception de procédure (...) a, dès son prononcé, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'il tranche* » (article 480, alinéa 1er, du Code de procédure civile). Rien n'empêchera donc le demandeur de reprendre la procédure, soit après l'expiration du délai – exception dilatoire – soit après régularisation de la procédure – exception de nullité, exception d'incompétence, exception de litispendance et de connexité. Mais dans tous les cas, si l'exception prospère, l'issue du litige sera différée.

#### b. Variétés d'exceptions de procédure

Le Code de procédure civile recense plusieurs types d'exceptions de procédure :

- les exceptions d'incompétence (articles 75 et suiv.) sont invoquées par le plaideur qui prétend que le tribunal saisi est incompétent pour statuer sur la demande<sup>3</sup>.
- Les exceptions de litispendance et de connexité (articles 100 et suiv.) ont pour objet, lorsque deux affaires identiques (litispendance) ou présentant entre elles des rapports étroits (connexité) sont pendantes devant deux juridictions différentes, d'obtenir que l'une des affaires soit renvoyée devant la juridiction saisie de l'autre demande, afin que cette juridiction statue seule sur ces deux affaires<sup>4</sup>.
- Les exceptions dilatoires (articles 108 et suiv.) visent à obtenir une suspension de l'instance jusqu'à l'expiration d'un certain délai.

Ex. l'héritier dispose d'un délai de quatre mois pour exercer son option successorale, c'est-à-dire pour accepter, refuser ou accepter sous bénéfice d'inventaire la succession<sup>5</sup>. S'il est assigné en paiement d'une dette successorale par un créancier du défunt à l'intérieur de ce délai, il pourra invoquer l'exception dilatoire de l'article 108 du Code de procédure civile. L'héritier peut d'ailleurs solliciter du juge un délai supplémentaire pour prendre parti s'il justifie de motifs sérieux et légitimes<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Cf. Civ. 3, 16 mars 2010, n° 09-13187, B. III, n° 63, soulignant qu'une telle « exception » constitue, en réalité, une défense au fond, pouvant être invoquée en tout état de cause.

<sup>2</sup> Ch. Jubault « Les "exceptions" dans le Code civil, à la frontière de la procédure et du fond », LPA 15 janvier 2003, n° 11, p. 4.

<sup>3</sup> Cf. *infra* : Deuxième partie « La compétence », chap. III « Règlement des incidents de compétence », sect. 1 « Incompétence de la juridiction saisie ».

<sup>4</sup> Cf. *infra* : Deuxième partie « La compétence », chap. III « Règlement des incidents de compétence », sect. 2 « Renvoi pour cause de litispendance ou de connexité ».

<sup>5</sup> Article 771 du Code civil.

<sup>6</sup> Article 772 du Code civil.

- Les exceptions de nullité (articles 112 et suiv.) visent à faire déclarer nul un acte de procédure, à raison de l'irrégularité soit de forme, soit de fond dont il est atteint.

Cette liste doit néanmoins être regardée comme simplement énonciative<sup>1</sup>. Tel était déjà le cas sous l'empire de l'ancien Code de procédure civile. Or les rédacteurs du Code de procédure civile actuel ne semblent pas avoir voulu rompre avec la tradition. Ils ont, en effet, donné une définition large de l'exception de procédure dans l'article 73 (« tout moyen... »), sans paraître nulle part vouloir énumérer limitativement les moyens relevant de cette catégorie.

Aussi bien la jurisprudence qualifie-t-elle d'exception de procédure tout moyen dont la finalité correspond à celle indiquée dans l'article 73, alors même qu'il n'entrerait dans aucune des cinq catégories d'exceptions de procédure que le Code réglemente. En particulier :

- la Cour de cassation range le moyen sollicitant un sursis à statuer parmi les exceptions de procédure<sup>2</sup>, ainsi l'invocation de la règle « *Le criminel tient le civil en l'état* »<sup>3</sup> – ou ce qu'il en reste<sup>4</sup>.
- De même analyse-t-elle le moyen tiré de l'existence d'une clause compromissoire en une exception de procédure, et non en une fin de non-recevoir<sup>5</sup>.
- De même encore, elle considère le moyen tiré de la caducité du jugement rendu par défaut ou réputé contradictoire en application de l'article 478 du Code de procédure civile, comme une exception de procédure<sup>6</sup>.

L'intérêt de la qualification d'exception de procédure attribuée à un moyen tient naturellement à son régime procédural, essentiellement à la nécessité pour le plaideur, à peine d'irrecevabilité, de soulever ce moyen de défense *in limine litis*.

Remarque : si les exceptions de procédure et les fins de non-recevoir obéissent à un régime procédural différent<sup>7</sup>, leur distinction est souvent malaisée. Le Code de procédure civile n'a, en effet, ni donné de liste limitative des unes et des autres, ni fournit un critère substantiel de distinction entre ces deux moyens de défense. Pour certains auteurs<sup>8</sup>, un tel critère ferait défaut : la distinction entre exceptions de procédure et fins de non-recevoir serait exclusivement fonctionnelle ; elle permettrait de choisir en opportunité le régime applicable à un moyen de défense ne se présentant pas comme une défense au fond.

### c. Régime juridique des exceptions de procédure

Ce régime est gouverné par un principe fondamental, selon lequel les exceptions de procédure doivent, à peine d'irrecevabilité, être soulevées par le défendeur *in limine litis*. Ce principe connaît néanmoins d'importants tempéraments.

#### a) Principe : invocation des exceptions de procédure *in limine litis*

Contrairement aux défenses au fond, qui peuvent être invoquées en tout état de cause, les exceptions de procédure sont soumises à un régime procédural strict. En principe, en effet, les parties sont obligées de s'en prévaloir, à peine d'irrecevabilité<sup>9</sup>, en début de procès.

<sup>1</sup> Chainais et alii, *Procédure civile*, n° 369.

<sup>2</sup> Civ. 2, 27 septembre 2012, n° 11-16361, B. II, n° 156 ; D. 2013, *Chr. C. cass.* 599, n° 5, obs. L. Leroy-Gissingier et F. Renault-Malignac ; *Dr. et proc.* 2012, 293, obs. M. Douchy-Oudot ; *Gaz. Pal.* 2012, 3508, note J. Pellerin ; Com. 7 janvier 2014, n° 11-24157, B. IV, n° 5 ; D. 2014, *Actu.* 151 ; *ibid.* 2014, *Pan.* 1071, obs. F. Jault-Seseke ; *ibid.* 1976, note L. Davout ; *JCP* 2014, 436, n° 6, obs. S. Amrani-Mekki ; *Gaz. Pal.* 18 mars 2014, p. 29, note J. Morel-Maroger ; *LPA* 18 novembre 2014, p. 18, note C. Brière.

<sup>3</sup> Soc. 4 octobre 1989, *JCP* 1989, IV, 385 ; Com. 28 juin 2005, B. IV, n° 146 ; Civ. 2, 27 septembre 2012, n° 11-16361, B. II, n° 156.

<sup>4</sup> Cf. article 4 du Code de procédure pénale.

<sup>5</sup> Civ. 2, 22 novembre 2001, n° 99-21662, B. II, n° 168 ; *JCP E* 2002, 1467, note G. Chabot ; *Procédures* 2002, n° 1, obs. R. Perrot ; Civ. 1, 3 février 2010, n° 09-13618 ; *JCP* 2010, 548, obs. Th. Clay ; *Procédures* 2010, n° 110, obs. R. Perrot ; Civ. 1, 14 avril 2010, n° 09-12477.

<sup>6</sup> Civ. 2, 22 novembre 2001, n° 99-17875, B. II, n° 171 ; *Rev. huissiers* 2002, n° 3, 163, obs. M. Douchy.

<sup>7</sup> Cf. *infra*.

<sup>8</sup> Héron et Le Bars, *op. cit.*, n° 147 et 153.

<sup>9</sup> Le juge doit-il ou, à tout le moins, peut-il relever l'irrecevabilité d'une exception de procédure soulevée tardivement, alors même que l'adversaire ne se prévaudrait pas de la violation des dispositions de l'article 74 du Code de procédure civile ? La Cour de cassation a parfois répondu par l'affirmative, sauf à hésiter sur la justification du pouvoir ainsi conféré au juge. Selon un arrêt de la Chambre commerciale (Com. 13 décembre 1994, n° 92-15091, B. IV, n° 378), le moyen est « *nécessairement dans la cause* », en sorte que le juge ne le soulève pas d'office et, partant, ne méconnaît pas le principe de la contradiction (sur la notion critiquée de moyen nécessairement dans la cause, cf. *infra* : 2ème partie « L'instance », titre I « Cadre juridique de l'instance », chap. II « Principes directeurs du procès », section 3 « Principe du contradictoire », § 2 « Le principe du contradictoire s'impose au juge »),

Motif : prévenir la chicane, empêcher les manœuvres dilatoires.

Il convient d'indiquer la portée exacte du principe et de signaler certaines difficultés dans sa mise en œuvre.

- Portée du principe

Aux termes de l'article 74, alinéa 1er, du Code de procédure civile :

*« Les exceptions doivent, à peine d'irrecevabilité, être soulevées simultanément et avant toute défense au fond ou fin de non-recevoir. Il en est ainsi alors même que les règles invoquées au soutien de l'exception seraient d'ordre public. »*

Le principe de l'invocation *in limine litis* des exceptions de procédure se traduit donc par une double exigence<sup>1</sup> :

- Exigence d'antériorité : invocation de l'exception de procédure avant toute défense au fond ou fin de non-recevoir<sup>2</sup>.

L'article 74, alinéa 2, précise qu'une demande de communication de pièces n'est pas une cause d'irrecevabilité des exceptions. Une telle demande, en effet, est simplement le préalable à l'invocation éventuelle d'un moyen de défense, et non pas elle-même un tel moyen. La recevabilité des exceptions de procédure postérieures à une telle demande ne contrevient donc pas à la règle selon laquelle ces exceptions doivent être soulevées avant toute défense au fond ou fin de non-recevoir.

- Exigence de simultanéité : invocation ensemble de toutes les exceptions de procédure<sup>3</sup> ; l'exception de procédure n'est pas une carabine à répétition, mais un fusil à un seul coup<sup>4</sup>.

Le principe selon lequel les exceptions de procédure doivent être, à peine d'irrecevabilité, soulevées *in limine litis* vaut quand bien même l'exception serait d'ordre public, précise l'article 74<sup>5</sup>. Le législateur a donc entendu conférer à ce principe une portée absolue.

Selon la Cour de cassation, l'irrecevabilité d'une exception de procédure soulevée tardivement doit être relevée d'office par le juge<sup>6</sup>. Or, aux termes de l'article 125, alinéa 1er, du Code de procédure civile, seules les fins de non-recevoir ayant un caractère d'ordre public doivent faire l'objet d'un relevé d'office. La Cour de cassation considère donc les deux règles de l'article 74 du Code de procédure civile comme d'ordre public procédural<sup>7</sup>.

- Difficultés de mise en œuvre du principe

On peut notamment en recenser trois, dont deux d'entre elles ont divisé la jurisprudence ces dernières années.

- Application de l'exigence d'antériorité aux conclusions initiales hybrides

Il est acquis que les exceptions de procédure peuvent être soulevées dans les mêmes conclusions que celles contenant les défenses au fond, dès lors qu'il s'agit bien des conclusions initiales du défendeur, par

B. « Obligation pour le juge de respecter lui-même le principe de la contradiction », 2. « Tempéraments au principe imposant au juge de respecter lui-même le principe de la contradiction ». D'après d'autres arrêts de la Cour de cassation (Soc. 15 juin 1999, n° 97-16713 Civ. 2, 19 mars 2009, n° 05-18484), non publiés au *Bulletin*, l'irrecevabilité de l'exception de sursis à statuer en raison de l'existence d'une question préjudicielle, aurait un caractère d'ordre public, si bien que le juge aurait le devoir de la soulever d'office en application de l'article 125, alinéa 1er, du Code de procédure civile (*cf. infra* : 3. « Les fins de non-recevoir », c. « Régime juridique des fins de non-recevoir »).

<sup>1</sup> Chainais et *alii*, *op. cit.*, n° 370 et suiv.

<sup>2</sup> En conséquence, le moyen invoquant pour la première fois une question préjudicielle, que le demandeur au pourvoi n'avait pas soulevée devant les juges du fond, est irrecevable devant la Cour de cassation (Civ. 1, 19 mars 2015, n° 14-13794, B. I, n° 63).

<sup>3</sup> *Cf.* par ex. Civ. 2, 4 septembre 2014, n° 12-24530, B. II, n° 174.

<sup>4</sup> *Cf.* Cadiet et Jeuland, *op. cit.*, n° 471.

<sup>5</sup> *Cf.* par ex. Civ. 1, 30 avril 2014, n° 13-14408 : incompétence des juridictions de l'ordre judiciaire ; Civ. 2, 16 mars 2017, n° 15-18805, B. II, n° 58 : rappel du principe.

<sup>6</sup> Civ. 2, 29 octobre 1986, n° 85-14011, B. II, n° 154 ; D. 1987, *somm.* 229, obs. P. Julien ; Civ. 2, 16 mars 2017, préc.

<sup>7</sup> Selon la brillante remarque de deux auteurs (Héron et Le Bars, *op. cit.*, n° 160), le législateur et la jurisprudence attachent ainsi « plus d'importance à leur respect qu'à celui des règles que sanctionnent les exceptions de procédure. »

lesquelles l'instance est liée.

Mais la première Chambre civile et la Chambre sociale de la Cour de cassation estiment que, du moment que l'exception figure dans les conclusions initiales du défendeur, l'ordre dans lequel les moyens sont soulevés est indifférent<sup>1</sup>. Au contraire, d'autres chambres de la Cour de cassation, notamment la deuxième Chambre civile, spécialisée dans les questions de procédure, considèrent que les exceptions de procédure doivent figurer avant les défenses au fond ou les fins de non-recevoir pour que le principe d'antériorité soit respecté<sup>2</sup>.

– Application de l'exigence d'antériorité à la procédure orale

Dans la procédure orale, le fait de déposer des conclusions au fond avant l'audience des plaidoiries n'interdit pas au défendeur de soulever à la barre une exception de procédure, pourvu que ce soit en respectant l'ordre prescrit par l'article 74 du Code de procédure civile<sup>3</sup>. En effet, le propre d'une procédure orale est de s'en tenir à ce qui a été développé verbalement à l'audience, et non aux écritures. Mais la jurisprudence apporte des tempéraments à cette solution traditionnelle.

En premier lieu, le plaideur qui assigne en intervention forcée un tiers avant de soulever une exception d'incompétence, a ainsi présenté une défense au fond le rendant irrecevable en son exception, malgré l'oralité des débats<sup>4</sup>. De fait, il apparaît contradictoire de contester la compétence d'une juridiction devant laquelle on a pris auparavant l'initiative d'attirer un tiers<sup>5</sup>. Néanmoins l'idée d'une renonciation implicite à se prévaloir de l'exception d'incompétence serait sans doute mieux appropriée que l'application de l'exigence d'antériorité posée par l'article 74 du Code de procédure civile<sup>6</sup>. A défaut de recourir à l'idée de renonciation implicite, on pourrait aussi voir dans cette solution jurisprudentielle une application du principe selon lequel « nul n'est censé se contredire au détriment d'autrui »<sup>7</sup>.

En second lieu, lorsque le juge a, comme le lui permet l'article 446-1, alinéa 2, du Code de procédure civile, autorisé les parties à présenter leurs prétentions et moyens par écrit, l'article 446-4 du même code dispose que « La date des prétentions et moyens d'une partie régulièrement présentés par écrit est celle de leur communication entre les parties. » La partie est alors irrecevable, en application de l'article 74 du Code de procédure civile, à invoquer une exception de procédure dont elle aurait omis de se prévaloir antérieurement dans ses conclusions écrites<sup>8</sup>. Peu importe, selon la Cour de cassation, qu'en autorisant les parties à formuler leurs prétentions et moyens par écrit et en fixant, en conséquence, un calendrier pour les échanges en application de l'article 446-2 du Code de procédure civile, le juge ait, ou non, dispensé ces parties de se présenter à l'audience<sup>9</sup>, comme l'article 446-1 lui en donne le pouvoir. En effet, l'article 446-4 ne distinguant pas, s'applique dans l'une et l'autre de ces deux hypothèses<sup>10</sup>.

– Application de l'exigence d'antériorité à la procédure de la mise en état

Dans la procédure contentieuse ordinaire devant le tribunal judiciaire, le juge de la mise en état est seul « compétent », jusqu'à son dessaisissement, pour statuer sur les exceptions de procédure (article 789, 1<sup>o</sup>, du Code de procédure civile)<sup>11</sup>. L'examen du fond de l'affaire relève, en revanche, bien entendu, de la compétence du tribunal lui-même. La Cour de cassation<sup>12</sup> en a déduit que l'invocation d'une exception d'incompétence ne satisfaisait à la condition d'antériorité posée par l'article 74 du Code de procédure civile, qu'à la condition qu'elle figure dans des conclusions spécialement adressées à ce juge. La partie est donc irrecevable à invoquer une telle exception si elle a déposé antérieurement des conclusions destinées

<sup>1</sup> Civ. 1, 18 novembre 1986, B. I, n° 269 ; Civ. 1, 27 janvier 1993, B. I, n° 40 ; Soc. 23 février 2005, n° 02-41870.

<sup>2</sup> Pour la défense au fond : Civ. 3, 8 mars 1977, D. 1977, IR 389, obs. P. Julien ; Com. 13 décembre 1994, n° 92-15091, B. IV, n° 378 ; pour la fin de non-recevoir : Civ. 2, 8 juillet 2004, B. II, n° 377 ; *Procédures* 2004, n° 199 et *RTD civ.* 2005, 181, obs. R. Perrot ; *D.* 2004, 2610, note B. Beignier et 2005, *somm.* 335, obs. P. Julien et N. Fricero ; Civ. 2, 14 avril 2005, B. II, n° 95.

<sup>3</sup> Civ. 2, 16 octobre 2003, B. II, n° 311 ; *Procédures* 2003, n° 248 et *RTD civ.* 2004, 138, obs. R. Perrot ; *D.* 2004, 454, note S. Mary ; Civ. 3, 6 avril 2005, B. III, n° 86 ; Civ. 2, 1er octobre 2009, n° 08-14135, B. II, n° 233 ; *RTD civ.* 2010, 153, obs. R. Perrot. Ainsi en va-t-il, par exemple, d'une exception d'incompétence (Civ. 2, 16 octobre 2003 et Civ. 2, 1er octobre 2009, préc.) ou encore d'une exception de nullité pour vice de forme (Civ. 3, 6 avril 2005, préc.)

<sup>4</sup> Civ. 2, 6 mai 1999, B. II, n° 82 ; *RTD civ.* 1999, 701, obs. R. Perrot ; Civ. 1, 17 octobre 2007, n° 05-20502 ; Civ. 2, 12 avril 2012, n° 11-14741, B. II, n° 75 ; *Procédures* 2012, *comm.* 168, obs. R. Perrot (l'arrêt lui-même ne se fonde toutefois pas sur l'oralité de la procédure, contrairement à son sommaire figurant au *Bulletin*) ; Civ. 2, 10 avril 2014, n° 13-14623, *Procédures* 2014, *comm.* 167, obs. R. Perrot.

<sup>5</sup> Perrot, obs. *RTD civ.* 2004, 139-140.

<sup>6</sup> Perrot, obs. préc.

<sup>7</sup> Cf. *supra* : section I « Existence de l'action en justice », § 2 « Conditions objectives d'existence de l'action en justice », C. « Condition relative à la cohérence de l'action ».

<sup>8</sup> Civ. 2, 22 juin 2017, n° 16-17118, B. II, n° 145 ; *D.* 2017, 1588, obs. C. Bléry et J.-P. Teboul ; *ibid.* 1868, obs. E. de Leiris.

<sup>9</sup> Civ. 2, 22 juin 2017, préc.

<sup>10</sup> De Leiris, obs. préc.

<sup>11</sup> Ancien article 771, 1<sup>o</sup>, du Code de procédure civile.

<sup>12</sup> Civ. 2, 12 mai 2016, n° 14-28086, B. II, n° 130 ; *D.* 2016, 1290. Cf. *infra* : 2ème partie « L'instance », titre II « Déroulement de l'instance », chap. I « La procédure devant le tribunal judiciaire », section I « La procédure contentieuse ordinaire », § 2 « Instruction de l'affaire : la mise en état ».



au tribunal judiciaire lui-même et formulant à la fois des prétentions au fond et l'exception de procédure.

En sa rédaction issue du décret du 11 décembre 2019, l'article 791 du Code de procédure civile a confirmé cette exigence formelle, puisqu'il énonce : « *Le juge de la mise en état est saisi par des conclusions qui lui sont spécialement adressées distinctes des conclusions au sens de l'article 768* » (i.e. conclusions adressées au tribunal lui-même).

β) Atténuations au principe de l'invocation des exceptions de procédure *in limine litis*

Le régime de certaines exceptions de procédure est soustrait en tout ou en partie à ce principe. De fait, l'article 74, alinéa 3, du Code de procédure civile précise les dispositions de son alinéa premier ne font pas obstacle à l'application des articles 103, 111, 112 et 118 du Code de procédure civile, dérogeant au principe de l'invocation des exceptions de procédure *in limine litis* ou le tempérant à propos de plusieurs exceptions.

• Atténuation à l'exigence de simultanéité

Le fait de se prévaloir de l'exception dilatoire pour faire inventaire et délibérer ne prive pas le défendeur de la faculté d'invoquer ultérieurement d'autres exceptions (article 111 du Code de procédure civile).

Motif : cette exception est destinée à donner un répit à l'héritier, pendant lequel il ne doit pas avoir à se soucier d'autres moyens de défense qu'il pourrait invoquer, dans l'hypothèse où il accepterait finalement la succession.

• Atténuations à l'exigence d'antériorité

Elle concerne deux catégories d'exception de procédure :

- « L'exception de connexité peut être proposée en tout état de cause, sauf à être écartée si elle a été soulevée tardivement dans une intention dilatoire » (article 103 du Code de procédure civile). Il s'agit là d'une dérogation au principe posé par l'article 74<sup>1</sup>.
- Surtout, l'exception de nullité peut être soulevée en tout état de cause, dès lors qu'il s'agit soit d'une nullité de fond (article 118 du Code de procédure civile), soit d'une nullité de forme concernant un acte de procédure postérieur au dépôt des premières conclusions (article 112 du même Code).

Selon la Cour de cassation<sup>2</sup>, l'exception de nullité d'un acte de procédure pour irrégularité de fond échappe d'ailleurs non seulement à l'exigence d'antériorité, mais encore à celle de simultanéité. Elle peut donc être soulevée postérieurement à l'invocation d'une défense au fond, d'une fin de non-recevoir ou même d'une autre exception de procédure.

Le plaideur qui aurait soulevé cette exception de nullité pour irrégularité de fond, tardivement, à des fins dilatoires, s'expose cependant à une condamnation à des dommages-intérêts (article 118, *in fine*). La possibilité pour le plaideur de s'en prévaloir en tout état de cause se justifie par la gravité du vice de fond, car celui-ci atteint l'acte de procédure dans sa fonction de *negotium*, de manifestation de volonté de son auteur, et non simplement dans celle d'*instrumentum*, servant de support formel à cette volonté<sup>3</sup>.

S'agissant d'une nullité de forme, la nullité est couverte à partir du moment le plaideur qui l'invoque a « *fait valoir des défenses au fond ou opposé une fin de non-recevoir*

<sup>1</sup> Civ. 3, 19 janvier 1983, B. III, n° 19. On remarquera que le juge peut « *écarter* » l'exception de connexité soulevée tardivement dans une intention dilatoire, alors qu'il peut seulement condamner à des dommages-intérêts le plaideur qui soulève tardivement, dans une intention dilatoire, une exception de nullité pour irrégularité de fond (article 118 du Code de procédure civile) ou une fin de non-recevoir (article 123 du Code de procédure civile), sans avoir le pouvoir de déclarer irrecevable le moyen de défense. Cf. *infra*.

<sup>2</sup> Civ. 2, 9 juin 2022, n° 19-20592 (B) ; *Gaz. Pal.* 25 octobre 2022, p. 43, obs. N. Hoffschir.

<sup>3</sup> Cf. *infra* : deuxième partie « L'instance », titre I « Cadre juridique de l'instance », chap. III « Formalisme de l'instance (les actes et délais de procédure », section 1 « Les actes de procédure », § 3 « Sanction des irrégularités affectant un acte de procédure », B. « Régime procédural de la nullité », 2. « Moment auquel l'exception de nullité peut être soulevée », b. « Moment auquel l'exception de nullité pour vice de fond peut être invoquée ».

*sans soulever la nullité* » (article 112, seconde proposition). En outre, la partie qui soulève une nullité de forme n'est pas dispensée de l'exigence de simultanéité. En effet, toutes les nullités de forme d'un acte de procédure accompli doivent être soulevées simultanément, à peine d'irrecevabilité de ceux qui ne l'auraient pas été (article 113).

**Conclusion** : les exceptions de procédure sont soumises à un régime strict, contrastant avec celui des défenses au fond et celui des fins de non-recevoir, mais sa rigueur est, malgré tout, atténuée pour plusieurs atténuations ou dérogations.

Dans la procédure contentieuse ordinaire devant le tribunal judiciaire, la portée de ces dérogations et atténuations est toutefois tempérée. En effet, quand bien même, par dérogation au principe posé à l'article 74, l'exception de procédure serait de celles pouvant être soulevées en tout état de cause, elle ne demeure recevable qu'à la condition que la partie s'en soit prévalu devant le juge de la mise en état, seul compétent pour statuer sur une telle exception jusqu'à son dessaisissement (article 789, 1°, du Code de procédure civile)<sup>1</sup>. Lorsque l'affaire a donné lieu à une instruction devant le juge de la mise en état, la partie sera donc irrecevable à soulever l'exception de procédure postérieurement à la clôture de l'instruction.

### 3. Les fins de non-recevoir<sup>2</sup>

On examinera successivement la notion de fin de non-recevoir, la diversité des fins de non-recevoir et le régime juridique des fins de non-recevoir.

#### a. Notion de fin de non-recevoir

Aux termes de l'article 122 du Code de procédure civile :

*« Constitue une fin de non-recevoir tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir, tel le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, le délai préfix, la chose jugée. »*

La fin de non recevoir est donc un moyen de défense par lequel le plaideur, sans contester directement le droit (substantiel) allégué par son adversaire, soutient que le juge n'a pas le pouvoir d'examiner la demande, parce que celle-ci est irrecevable. L'idée selon laquelle elle consiste en une dénégation du droit d'agir de l'adversaire, vient de Henri Motulsky.

Elle peut en réalité être opposée tout autant à la prétention du demandeur, qu'à sa contestation par le défendeur. En effet, selon la définition de l'action en justice donnée par l'article 30, alinéa 1er et 2, du Code de procédure civile, le défendeur comme le demandeur sont titulaires de l'action en justice, sauf à ce qu'elle reçoive une définition différente à l'égard de l'un et à l'égard de l'autre. L'adversaire, que l'article 122 évoque, peut donc être le demandeur ou le défendeur.

Ex. créancier assignant son débiteur en exécution d'un contrat, débiteur sollicitant reconventionnellement la nullité du contrat pour vice du consentement et demandeur initial invoquant l'accomplissement de la prescription quinquennale comme fin de non-recevoir à la demande en nullité (article 2224 du Code civil).

Ex. demandeur invoquant l'irrecevabilité d'une exception de procédure soulevée tardivement par le défendeur.

Ex. demandeur se prévalant de l'irrecevabilité d'une fin de non-recevoir soulevée par son adversaire, au motif qu'elle se heurterait à l'autorité de la chose jugée attachée à une précédente décision<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Ancien article 771, 1°, du Code de procédure civile. Cf. *infra* : deuxième partie « L'instance », titre II « Déroulement de l'instance », « chap. I « La procédure devant le tribunal judiciaire », section 1 « La procédure contentieuse ordinaire », § 2 « Instruction de l'affaire : la mise en l'état ».

<sup>2</sup> G. Block, *Les fins de non-recevoir*, thèse Nice, préf. R. Martin et N. Fricero, Bruylant et LGDJ, 2002 ; J.-P. Bèguet « Étude critique de la notion de fin de non-recevoir en droit privé », *RTD civ.* 1947, 133 et suiv. ; S. Sahel « Fins de non-recevoir et ordre processuel », in : *Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Dalloz : 2010, 723 et suiv. ; E. Putman « Un mot du droit dans le contexte du Code de procédure civile : la recevabilité », in : I. Pétel-Teyssié et C. Puigelier (dir.), *Quarantième anniversaire du Code de procédure civile (1975-2015)*, éd. Panthéon-Assas, 2016, 191 et suiv. ; J. Carbonnier, note *D.C.* 1942, 113 ; R. Morel, *S.* 1944, 1, 117 ; P. Hébraud, obs. *RTD civ.* 1949, 444 et 1953, 568.

<sup>3</sup> Civ. 3, 18 octobre 2018, n° 17-14799 (P) ; *Dalloz actualité*, 26 oct. 2018, note C. Bléry ; *Gaz Pal.* 29 janvier 2019, p. 57, obs. M. Kebir.

Ainsi définie, la fin de non-recevoir se distingue tant de la défense au fond que de l'exception de procédure.

α) Différences avec la défense au fond

La technique procédurale à l'œuvre dans ces deux moyens de défense n'est pas la même. En effet, la fin de non-recevoir oppose à la demande un obstacle anticipé qui rend sans objet toute discussion sur le fond<sup>1</sup>. En cela, elle se rapproche de l'exception de procédure, si ce n'est que celle-ci tend simplement à ajourner la discussion sur le fond, et non à l'empêcher définitivement. Aussi bien l'Ancien droit désignait-il les fins de non-recevoir sous l'expression évocatrice d' « *exception péremptoire* ».

Ex. appel formé postérieurement à l'expiration du délai imparti pour exercer cette voie de recours. Il est inutile de rechercher si la prétention de l'appelant est fondée ou non, puisque, de toute manière, l'appel est irrecevable.

Ex. à l'inverse, la subsidiarité de l'action fondée sur le quasi-contrat d'enrichissement injustifié ne constitue pas une fin de non-recevoir, mais une condition inhérente à l'action<sup>2</sup>.

β) Différences avec les exceptions de procédure

Par son résultat, la fin de non-recevoir se rapproche de la défense au fond et s'oppose à l'exception de procédure. En effet, si la fin de non-recevoir est accueillie par le juge, la prétention de l'adversaire est irréremédiatement rejetée, en sorte que celui-ci ne peut plus poursuivre sur la procédure.

Ex. action en nullité d'un contrat pour vice du consentement prescrite. La fin de non-recevoir tirée de la prescription accueillie, tout demande sur ce fondement est impossible.

Il arrive cependant qu'une exception de procédure entraîne un résultat similaire à celui d'une fin de non-recevoir.

Ex. exception de nullité soulevée avec succès à l'encontre de la demande introductive d'instance : l'action est irréremédiatement arrêtée.

La fin de non-recevoir est, par conséquent, un moyen de défense hybride, évoquant par certains aspects la défense au fond et par d'autres l'exception de procédure. On comprend, dans ces conditions, que les applications de la notion soient fort diverses.

b. Diversité des fins de non-recevoir

L'article 122 du Code de procédure civile se borne à définir la fin de non-recevoir par ses effets, sans en préciser les éléments constitutifs<sup>3</sup> et à illustrer la notion par des exemples. En effet, l'emploi, par le rédacteur du texte, de l'adverbe « *tel* » prouve que, dans son esprit, les fins de non-recevoir citées ne sont que des exemples, destinés à illustrer la définition générale de la fin de non-recevoir qui les précède. Du reste, l'article 124 du Code de procédure civile dispose que « *les fins de non-recevoir doivent être accueillies [...] alors même que l'irrecevabilité ne résulterait d'aucune disposition expresse* ». De l'avis de la jurisprudence<sup>4</sup>, comme de la doctrine

<sup>1</sup> Aussi bien le juge qui se prononcerait au fond sur une prétention qu'il a déclarée irrecevable, excéderait-il ses pouvoirs : Civ. 2, 7 avril 2016, n° 15-16664. Cf. A. Perdriau « Une action en justice peut-elle être déclarée à la fois irrecevable et mal fondée ? », *JCP* 1999, I, 162.

<sup>2</sup> Civ. 1, 4 avril 2006, *B. I.*, n° 194.

<sup>3</sup> Héron et Le Bars, *op. cit.*, n° 147.

<sup>4</sup> Ch. mixte 14 février 2003, n° 00-19423 et 00-19424, *B. mixte* 2003, n° 1 ; *BICC* 1er mai 2003, avis A. Benmakhlof, rap. P. Bailly ; *D.* 2003, 1386, note P. Ancel et M. Cottin ; *ibid.* 2480, obs. Th. Clay ; *JCP* 2003, I, 128, n° 17, obs. L. Cadiet ; *ibid.*, I, 164, n° 9, obs. Ch. Seraglini ; *RTD civ.* 2003, 294, obs. J. Mestre et B. Fages ; *ibid.*, 349, obs. R. Perrot ; *Procédures* 2003, n° 96, obs. H. Croze ; *RDC* 2003, 182 et 189, obs. L. Cadiet et X. Lagarde ; *CCC* 2003, n° 84, note L. Leveneur ; *Rev. arb.* 2003, 403, note Ch. Jarosson : les fins de non-recevoir n'étant pas « *limitativement énumérées* » par le législateur, la clause dite de conciliation préalable doit s'analyser en une fin de non-recevoir, bien que le législateur ne l'ait pas envisagée (antérieurement la 1ère Chambre civile avait jugé le contraire : Civ. 1, 23 janvier 2001, *B. I.*, n° 11) ; Civ. 1, 30 octobre 2007, *B. I.*, n° 329 ; Ch. mixte 12 décembre 2014, n° 13-19684, *B. mixte*, n° 3 ; *D.* 2015, 287, obs. N. Fricero et 298, note Ch. Boillot ; *JCP* 2015, 115, note N. Dissaux ; *JCP* 2015, *doctr.* 424, n° 5, obs. R. Libchaber ; *RTD civ.* 2015, 187, obs. critiques Ph. Théry ; cf. ég. X. Lagarde « La fin de non-

dominante<sup>1</sup>, l'énumération de l'article 122 est donc bien seulement énonciative. En particulier, une fin de non-recevoir peut avoir une origine conventionnelle, et non pas légale<sup>2</sup>.

Ex. L'irrecevabilité de principe des demandes nouvelles en appel (article 564 du Code de procédure civile) constitue une fin de non-recevoir<sup>3</sup> d'origine légale, qui ne figure pas dans la liste de l'article 122.

Ex. Le moyen tiré de la méconnaissance d'une clause dite de conciliation préalable ou de règlement amiable<sup>4</sup> doit, du moins selon la jurisprudence, s'analyser en une fin de non-recevoir, bien que le législateur ne l'ait envisagée nulle part à ce titre<sup>5</sup>.

Pour qu'il en soit ainsi, encore faut-il, a jugé la Chambre commerciale de la Cour de cassation, que cette clause de conciliation préalable soit suffisamment précise et qu'elle prévoie notamment ses conditions particulières de mise en œuvre<sup>6</sup>. A défaut, en effet, elle porterait une atteinte au droit d'accès au juge, dont la Cour de justice fait une composante de l'exigence du procès équitable au sens de l'article 6, § 1, de la Convention EDH. La méconnaissance d'une clause de conciliation entachée d'imprécision ne caractérise dès lors pas une fin de non-recevoir s'imposant au juge<sup>7</sup>.

Mais la troisième Chambre civile a paru récemment moins exigeante que la Chambre commerciale, en rejetant un pourvoi contestant l'irrecevabilité d'une demande formée en méconnaissance d'une clause conciliation préalable arguée d'imprécision, au motif, d'ordre général, que « le moyen tiré du défaut de mise en œuvre de la clause litigieuse, qui instituait une procédure de conciliation obligatoire et préalable à la saisine du juge, constituait une fin de non-recevoir »<sup>8</sup>.

Sauf stipulation contraire, la recevabilité d'une demande reconventionnelle n'est pas subordonnée à la mise en œuvre d'une clause de médiation ou de conciliation préalable, car l'instance est, par hypothèse même, déjà en cours au moment où une telle demande est formée<sup>9</sup>. Il en va toutefois différemment, lorsque le contrat sur lequel la demande reconventionnelle est fondée et qui comprend une clause de conciliation ou de médiation préalable, est distinct de celui que concerne la demande initiale<sup>10</sup>.

La fin de non-recevoir tirée du défaut de mise en œuvre d'une clause de conciliation préalable est insusceptible d'une régularisation en application de l'article 126 du Code de procédure civile : la procédure de conciliation doit nécessairement intervenir avant que le juge ne soit saisi de la demande<sup>11</sup>.

recevoir tirée d'une clause instituant un préalable obligatoire de conciliation (arrêts de la Chambre mixte du 14 février 2003) », *BICC* 2004, hors série, n° 3, p. 31 et suiv. ; A. Bénabent, *ibid.* ; Th. Amico et V. Maramzine « Les conséquences pratiques de la jurisprudence visant les clauses de conciliation », *JCP* 2015, 309.

<sup>1</sup> Chainais et alii, *Procédure civile*, n° 377 ; Cadiet et Jeuland, *Droit judiciaire privé*, n° 474.

<sup>2</sup> Civ. 3, 2 juin 2016, n° 15-15068.

<sup>3</sup> Civ. 2, 24 janvier 2008, *B. II*, n° 20 ; Civ. 2, 10 janvier 2013, n° 12-11667, *B. II*, n° 1 ; *BICC* 1er mai 2013, n° 654 ; *D.* 2013, 2058, n° 10, obs. L. Leroy-Gissing et F. Renault-Malignac ; *Procédures* 2013, n° 62, obs. R. Perrot.

<sup>4</sup> H. Kenfack « La reconnaissance des véritables clauses de médiation ou de conciliation obligatoire hors de toute instance », *D.* 2015, 384 ; M. Foulou et Y. Strickler « Clauses conventionnelles de médiation hors instance », *JCP* 2014, *doctr.* 1128 ; N. Gerbay « La clause de conciliation préalable : entre tensions contractuelles et processuelles », *Procédures* juillet 2015, étude 7 ; J.-D. Bretzner et Q. Reynier « Le régime de la clause de conciliation préalable », *AJCA* 2015, 117 ; L. Veyre « La clause de conciliation : un régime à perfectionner », *D.* 2020, 1046 ; V. Lasserre « L'article 6 du Code civil et les clauses de médiation et de conciliation », *RDA* n° 20, oct. 2020, p. 79 et suiv.

<sup>5</sup> Ch. mixte 14 février 2003, préc. ; Civ. 1, 30 octobre 2007, préc. Selon MM. Lagarde (art. préc.) et Théry (obs. préc.), le moyen tiré de l'existence d'une clause de conciliation préalable s'analyserait plus exactement en une exception dilatoire, au sens de l'article 108 du Code de procédure civile, qu'en une fin de non-recevoir. Une telle qualification interdirait opportunément de pouvoir l'invoquer en tout état de cause, par application de l'article 123 du Code de procédure civile (*cf. infra* : régime juridique des fins de non-recevoir) et obligerait le plaideur à la soulever, à peine d'irrecevabilité, *in limine litis* (article 74 du même code), ainsi devant la juridiction du second degré où le fait de la soulever apparaît dilatoire. Il est vrai que l'article 123 précité prévoit que ceux qui ont invoqué tardivement une fin de non-recevoir, à des fins dilatoires, s'exposent à une condamnation à des dommages-intérêts ; mais cette sanction serait, en l'occurrence, insuffisamment dissuasive.

<sup>6</sup> Com. 29 avril 2014, n° 12-27004, *B. IV*, n° 76 ; *D.* 2014, *Pan.* 2556, obs. Th. Clay ; *ibid.* 2015, *Pan.* 291, obs. N. Fricero ; *JCP* 2014, 607, obs. H. Croze ; *RDC* 2014, 704, obs. N. Cayrol ; *RTD civ.* 2014, 655, obs. H. Barbier ; *LPA* 9-10 septembre 2014, p. 14, note J.-Ph. Tricoit ; comp. Com. 30 mai 2018, n° 16-27691, *B. IV*, n° 65 ; *JCP* 2018, *doctr.* 1288, n° 4, obs. L. Veyre.

<sup>7</sup> *Ibid.*

<sup>8</sup> Civ. 3, 19 mai 2016, n° 15-14464, *B. III*, n° 65 ; *D.* 2016, 1145 ; *Gaz. Pal.* 30 août 2016, p. 61, obs. L. Mayer ; *RTD civ.* 2016, 621, obs. H. Barbier ; *Constr. et urb.* n° 7-8, juillet 2016, *comm.* 103, note Ch. Sizaire.

<sup>9</sup> Com. 24 mai 2017, n° 15-25457, *B. IV*, n° 78 ; *Dalloz actualité* 2 juin 2017, obs. M. Kebir ; *D.* 2017, 1131, obs. Th. Clay ; *ibid.* 2018, 692, obs. N. Fricero ; *AJ contrat* 2017, 396, obs. N. Dissaux ; *RTD civ.* 2017, 653, obs. H. Barbier.

<sup>10</sup> Com. 30 mai 2018, n° 16-27691, préc.

<sup>11</sup> Ch. mixte 12 décembre 2014, préc. ; Civ. 3, 6 octobre 2016, n° 15-17989, *B. III*, n° 131 ; Civ. 3, 16 novembre 2017, n° 16-24642, *B. III*, n° 123 ; Com. 30 mai 2018, préc. La clause de conciliation préalable s'impose au juge (Ch. mixte 14 février 2003, préc. ; Civ. 1, 1er octobre 2014, n° 13-17920, *B. I*, n° 157 ; *D.* 2014, 2541, obs. Th. Clay ; *RTD civ.* 2015, 187, obs. critiques Ph. Théry). Antérieurement à l'arrêt de la Chambre mixte du 12 décembre 2014, la deuxième Chambre civile avait, au contraire, admis la possibilité de régulariser en cours d'instance la fin de non-recevoir tirée de l'existence d'une clause de conciliation préalable : Civ. 2, 16 décembre 2010, n° 09-71.575, *B. II*, n° 212.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Panthéon-Assas  
Licence droit 3ème année Melun 2023-2024

Cela n'interdit toutefois pas au plaideur, dont la demande a été déclarée irrecevable, de mettre ensuite en œuvre la procédure de conciliation préalable, puis d'introduire à nouveau une demande si la tentative de conciliation échoue. Cette nouvelle demande ne se heurtera pas, à la différence de la précédente, à la fin de non-recevoir tirée de la violation de la clause de conciliation préalable.

On peut néanmoins se demander si l'autorité de la chose jugée attachée à la décision ayant déclaré la première demande irrecevable ne risque pas d'être alors efficacement opposée à la nouvelle demande. Certes, selon la Cour de cassation, la fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée doit être écartée, lorsque des événements postérieurs sont venus modifier la situation antérieurement reconnue en justice<sup>1</sup>. Or la mise en œuvre, serait-elle infructueuse, de la clause de conciliation préalable constitue bien un fait nouveau, postérieur à l'extinction de la première instance. De prime abord, la nouvelle demande serait donc recevable, à la condition, bien évidemment, qu'aucun délai de prescription ou délai de forclusion ne se soit écoulé dans l'intervalle, car l'irrecevabilité de la première demande l'aura privée de tout effet interruptif d'un tel délai (article 2243 du Code civil). Cependant le doute est permis à la lumière d'une jurisprudence récente de la Cour de cassation, d'après laquelle le caractère nouveau de l'événement permettant d'écarter la fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée ne peut résulter de ce que la partie qui l'invoque, avait négligé d'accomplir une diligence en temps utile<sup>2</sup>. Tel est en effet le cas du plaideur qui a saisi les tribunaux avant de mettre en œuvre la clause préalable de conciliation ou de médiation qu'il avait dûment souscrite.

Par ailleurs, selon la Cour de cassation<sup>3</sup>, la clause imposant une conciliation ou de médiation préalablement à la présentation d'une demande en justice relative aux droits et obligations contractuels des parties, ne fait pas obstacle, en soi, à l'accomplissement d'une mesure d'exécution forcée. En effet, d'une part, une mesure d'exécution forcée n'implique pas l'intervention du juge si le créancier dispose déjà d'un titre exécutoire et, d'autre part, lorsqu'elle doit être, au contraire, autorisée par le juge, ce dernier n'est pas appelé, au moins dans un premier temps, à se prononcer sur les droits et les obligations des parties. A défaut de stipulation contraire, le créancier n'est donc pas tenu de mettre en œuvre la clause de conciliation ou de médiation préalable avant d'engager des voies d'exécution. Mais rien n'interdirait aux parties de prévoir, dans la convention, que les mesures d'exécution forcée aussi seront soumises à conciliation ou médiation préalable<sup>4</sup>.

Il en résulte des difficultés à identifier les moyens de défense devant être qualifiés de fin de non-recevoir, à défaut pour le législateur d'avoir lui-même procédé à l'opération de qualification, voire d'avoir employé la qualification appropriée.

Ex. arrêt des poursuites individuelles consécutif à l'ouverture d'une procédure collective, considéré par la Cour de cassation comme une fin de non-recevoir pouvant être invoquée en tout état de cause et d'office en raison de son caractère d'ordre public, et non comme une exception d'incompétence au profit de la juridiction compétente pour connaître des déclarations de créance – la déclaration de créance est considérée par la jurisprudence comme une demande en justice<sup>5</sup> –, devant être soulevée *in limine litis*<sup>6</sup>.

Ex. L'article L. 442-6 du Code de commerce, qui interdit les pratiques restrictives de concurrence de la part d'un commerçant ou professionnel envers un autre, énonce que « *Les litiges relatifs à l'application du présent article sont attribués aux juridictions dont le siège et le ressort sont fixés par décret.* » Pris en application de cette disposition, l'article D. 442-3 du Code de commerce dresse une liste des juridictions « *compétentes* » en première instance, pour connaître des pratiques restrictives de concurrence. Il ajoute que « *La cour d'appel compétente pour connaître des décisions rendues par ces juridictions est celle de Paris.* » Or, sans s'arrêter à la terminologie de l'article D. 442-3, la Chambre commerciale de la Cour de cassation analyse le moyen tiré de la violation des articles L. 442-6 et D. 442-3 du Code de commerce, en une fin de non-recevoir<sup>7</sup>, et non en une exception d'incompétence. Prêtant un caractère d'ordre public à cette fin de non-recevoir, elle en déduit notamment qu'un juge autre que ceux auxquels l'article D. 442-3 a attribué le pouvoir de connaître des pratiques restrictives de concurrence, a l'obligation de déclarer d'office irrecevable une prétention relative à l'application de l'article L. 442-6 du Code de commerce, en application de l'article 125, alinéa 1er, du Code de procédure civile<sup>8</sup>. On peut soupçonner la Chambre commerciale, en l'occurrence, de n'avoir retenu la qualification de fin de non-recevoir que de manière opportuniste, notamment afin d'imposer aux juges de la relever d'office. En effet, si les articles L. 442-6 et D. 442-3 avaient été considérés comme instituant une règle de compétence, le juge aurait simplement eu la

<sup>1</sup> Civ. 2, 16 mai 2010, n° 09-14737, B. II, n° 88 ; *Procédures* 2010, n° 283, obs. J. Junillon ; *RTD civ.* 2010, 615, obs. R. Perrot. Cf. *infra* : troisième partie « Le dénouement du procès », titre I « Le jugement », chap. IV « Effets du jugement », section 2 « Autorité de la chose jugée », § 3 « Étendue de l'autorité de la chose jugée ».

<sup>2</sup> Civ. 1, 19 septembre 2018, n° 17-22678 (P) ; *BICC* n° 895, 1er février 2019, n° 77 ; *D. Actualité*, 11 oct. 2018, note C. Bléry ; *Procédures* 2018, *comm.* 322, note Y. Strickler ; *Ann. loyers* novembre 2018, p. 77, note B. Brignon.

<sup>3</sup> Civ. 2, 22 juin 2017, n° 16-11975, B. II, n° 146 ; *D.* 2017, 1369 ; *ibid.* 1868, obs. E. de Leiris ; *ibid.* 2018, 692, obs. N. Fricero ; *ibid.* 1223, obs. A. Leborgne ; *RTD civ.* 2017, 653, obs. H. Barbier ; *ibid.* 2018, 478, obs. Ph. Théry ; *JCP* 2017, 1355, obs. R. Libchaber

<sup>4</sup> De Leiris, obs. préc.

<sup>5</sup> Ass. plén. 26 janvier 2001, *B. Ass. plén.* n° 1 ; Ass. plén. 4 février 2011, n° 09-14619, *B. Ass. plén.* n° 2.

<sup>6</sup> Com. 12 janvier 2010, n° 08-19645.

<sup>7</sup> Com. 24 septembre 2013, n° 12-21089, B. IV, n° 138 ; Com. 7 octobre 2014, n° 13-21086, B. IV, n° 143 ; Com. 31 mars 2015, n° 14-10016, B. IV, n° 59.

<sup>8</sup> Com. 31 mars 2015, préc.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Panthéon-Assas  
Licence droit 3ème année Melun 2023-2024

faculté de soulever d'office son incompétence pour connaître de pratiques restrictives de concurrence, conformément aux articles 92 et 93 du Code de procédure civile. Des tribunaux auxquels le législateur a entendu dénier ce pouvoir, auraient ainsi pu connaître de telles pratiques, dès lors qu'aucune partie ne se serait prévalué devant eux de l'application de l'article D. 442-3.

Certaines fins de non-recevoir sanctionnent l'inobservation d'une règle de procédure<sup>1</sup>, comme le défaut d'intérêt ou de qualité à agir, la méconnaissance de l'autorité de la chose jugée. Mais d'autres reposent, au contraire, sur des raisons de fond<sup>2</sup>.

Ex. la réconciliation des époux intervenus depuis les faits allégués à l'appui d'une demande en divorce pour faute, empêche de les invoquer comme cause de divorce et rend la demande irrecevable (article 244, alinéa 1er et 2, du Code civil).

La fin de non-recevoir résultant de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui – estoppel – relève tantôt de la première, tantôt de la seconde catégorie, selon que l'argumentation porte sur la procédure ou sur le fond. Toutefois, on l'a vu, l'existence de cette fin de non-recevoir est discutée<sup>3</sup>.

La fin de non-recevoir est, en définitive, une notion fonctionnelle : son unité tient exclusivement à ses effets.

### c. Régime juridique des fins de non-recevoir

Deux options sont possibles, compte tenu de l'ambivalence de ce moyen de défense :

- ou bien mettant l'accent sur le fait que la fin de non-recevoir produit des effets semblables à ceux d'une défense au fond, on ouvre la possibilité au plaideur de l'invoquer en tout état de cause ;
- ou bien, de manière à prévenir les manœuvres dilatoires, on aligne le régime des fins de non-recevoir sur celui des exceptions de procédure, en exigeant qu'elles soient, à peine d'irrecevabilité, soulevées *in limine litis*.

Le législateur a hésité entre ces deux options. Le Code de procédure civile de 1807 avait retenu la première solution. En revanche, le décret-loi du 30 octobre 1935, qui modifia sur divers points ce code, fit prévaloir la seconde<sup>4</sup>. Mais celle-ci apparut, à l'usage, brutale à l'égard des fins de non-recevoir qui s'apparentent à des défenses au fond et dont l'existence peut ne se révéler qu'au cours des débats. Aussi la jurisprudence s'efforça-t-elle de ruiner le principe, au prix de subtils arguments d'exégèse<sup>5</sup>.

Le Code de procédure civile actuel est revenu à la première solution. Désormais les fins de non-recevoir peuvent en effet être soulevées en tout état de cause ; mais ce principe connaît des atténuations et des exceptions.

#### α) Principe : possibilité d'invoquer une fin de non-recevoir en tout état de cause

La règle est posée par l'article 123 du Code de procédure civile. L'article 2248 du Code civil en fait expressément application à la fin de non-recevoir tirée de la prescription extinctive : « *Sauf renonciation, la prescription peut être opposée en tout état de cause, même devant la cour d'appel* »<sup>6</sup>. D'une manière générale, une fin de non-recevoir peut donc être invoquée même après une défense au fond et y compris en appel<sup>7</sup>. En effet, l'article 564 du Code de procédure civile déclare recevables en appel les prétentions nouvelles tendant à faire écarter

<sup>1</sup> I. Pétel-Teyssié « Les fins de non-recevoir de procédure », *in* : Pétel-Teyssié et Puigelier (dir.), *Quarantième anniversaire du Code de procédure civile (1975-2015)*, *op. cit.*, 255 et suiv. Cf. par ex. article R. 322-52 du Code des procédures civiles d'exécution.

<sup>2</sup> Solus et Perrot, *op. cit.*, t. I, n° 316 ; J. Carbonnier, note *D. C.* 1942, 113 ; P. Hébraud, *obs. RTD civ.* 1954, 138 ; Béguet, *op. cit.*, n° 15, p. 151. Cf. Com. 24 juin 2016, n° 14-15347 et Com. 14 juin 2017, n° 16-11389, qualifiant de contestation sur le fond du droit, au sens de l'article 1700 du Code civil, l'invocation, par le débiteur cédé qui se prévaut du droit de retrait litigieux, d'une fin de non-recevoir tirée de la forclusion de l'action en paiement de la créance cédée (cf. cours de contrats spéciaux licence 3).

<sup>3</sup> Cf. *supra* : section 1 « Existence de l'action en justice », § 2 « Conditions objectives d'existence de l'action en justice », C. « Condition relative à la cohérence de l'action ».

<sup>4</sup> Article 192 de l'ancien Code de procédure civile, rédaction issue du décret-loi du 30 octobre 1935.

<sup>5</sup> Solus et Perrot, *op. cit.*, t. I, n° 318 ; Perrot, *op. cit.*, t. I, p. 101-102.

<sup>6</sup> Cf. Civ. 1, 2 octobre 2007, n° 05-17691, *B. I.*, n° 316, pour le droit antérieur à la réforme du 17 juin 2008 ; Com. 20 avril 2017, n° 15-15367.

<sup>7</sup> Civ. 2, 1er décembre 2016, n° 15-27143, *B. II.*, n° 261 ; *RTD civ.* 2017, 211, *obs.* N. Cayrol.

les prétentions adverses<sup>1</sup>.

En outre, selon l'article 124 du même Code, « *les fins de non-recevoir doivent être accueillies sans que celui qui les invoque ait à justifier d'un grief<sup>2</sup> et alors même que l'irrecevabilité ne résulterait d'aucune disposition expresse* ».

Cette faculté reconnue au plaideur d'invoquer une fin de non-recevoir en tout état de cause ne saurait lui être retirée au motif qu'en s'étant borné à conclure antérieurement sur le fond, il se contredit au détriment d'autrui en ne la soulevant que postérieurement<sup>3</sup>.

β) Atténuations au principe de la possibilité d'invoquer une fin de non-recevoir en tout état de cause

Elles sont principalement au nombre de trois.

- Sans attendre que le plaideur l'invoque, le tribunal a selon les cas, le pouvoir ou même le devoir de relever d'office certaines fins de non-recevoir :
  - le tribunal a l'obligation de relever d'office « *les fins de non-recevoir ayant un caractère d'ordre public, notamment lorsqu'elles résultent de l'inobservation des délais dans lesquels doivent être exercées les voies de recours ou de l'absence d'ouverture d'une voie de recours* » (article 125, alinéa 1er, du Code de procédure civile)<sup>4</sup> ;
  - 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<sup>5</sup>* » (article 125, alinéa 2) ou encore la fin de non-recevoir tirée de la nouveauté d'une demande en appel (article 564 du Code de procédure civile)<sup>6</sup>.
- Certaines fins de non-recevoir sont susceptibles d'une régularisation, faisant disparaître la cause d'irrecevabilité : « *Dans le cas où la situation donnant lieu à fin de non-recevoir est susceptible d'être régularisée, l'irrecevabilité sera écartée si sa cause a disparu au moment où le juge statue* » (article 126, alinéa 1er, du Code de procédure civile)<sup>7</sup>.
- Le juge a la possibilité de « *condamner à des dommages-intérêts* » le plaideur qui, « *dans une intention dilatoire* », aurait soulevé tardivement une fin de non-recevoir

<sup>1</sup> Cf. *supra* : 1. « Les défenses au fond », b. « Régime juridique des défenses au fond ».

<sup>2</sup> A la différence de la nullité de l'acte de procédure pour irrégularité de forme (article 114 du Code de procédure civile), d'où l'importance qu'il y a, à ne pas confondre ces deux moyens de défense. Cf. par ex. Civ. 2, 10 juin 2021, n° 19-21935 (P).

<sup>3</sup> Civ. 2, 14 novembre 2013, n° 12-25835, B. II, n° 221.

<sup>4</sup> Pour une application à l'inobservation du délai pour former appel incident : Civ. 2, 28 septembre 2017, n° 16-23497, B. II, n° 185.

<sup>5</sup> La Cour de cassation attribue néanmoins, dans certains cas, un caractère d'ordre public à la fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée, obligeant ainsi le juge à la relever d'office, conformément à l'article 125, alinéa 1er, du code de procédure civile (Civ. 2, 14 janvier 2021, n° 19-17758 (P) ; *Gaz. Pal.* 27 avril 2021, p. 71, obs. M. Kébir : vu notamment les articles 1355 du Code civil et 125, alinéa 1er, du Code de procédure civile, « *Le juge est tenu de relever d'office la fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée attachée à une décision précédemment rendue dans la même instance* »).

<sup>6</sup> Selon la Cour de cassation (Civ. 2, 10 janvier 2013, préc.), malgré les termes catégoriques de l'article 564 (« *A peine d'irrecevabilité relevée d'office...* »), la cour d'appel n'a qu'une faculté, et non une obligation, de relever d'office la fin de non-recevoir tirée de l'irrecevabilité d'une demande nouvelle en appel. Cf. *infra* : troisième partie « Le dénouement du procès », titre II « Les voies de recours », chap. I « Les voies de recours ordinaires », section 1 « L'appel ».

<sup>7</sup> Pour des applications, cf. par ex. Soc. 22 septembre 2015, n° 13-25429, B. V, n° 175 : régularisation de la fin de non-recevoir tirée du défaut de qualité pour agir d'une société absorbée à l'occasion d'une fusion-absorption, par l'intervention volontaire en la cause de la société absorbante ; Civ. 2, 16 mai 2019, n° 18-13434 (P) : la fin de non-recevoir pour défaut de règlement du droit de 225 € prévu à l'article 1635 bis P du code général des impôts – institué à la charge des parties à l'instance d'appel à peine d'irrecevabilité prononcée d'office de l'appel ou des défenses selon les cas, aux termes de l'article 963 du Code de procédure civile –, doit être régularisée avant que le juge compétent aux termes de l'article 964 du même code, ne statue sur cette irrecevabilité, à l'issue d'une audience à laquelle les parties ont été convoquées ; Civ. 2, 22 octobre 2020, n° 19-17630 (P) : il résulte de la combinaison des articles 85 et 126 du Code de procédure civile, que le défaut de motivation du recours, susceptible de donner lieu à la fin de non-recevoir tirée de l'irrecevabilité de l'appel du jugement statuant sur la compétence, peut être régularisé, en matière de procédure avec représentation obligatoire, par le dépôt au greffe, avant l'expiration du délai d'appel, d'une nouvelle déclaration d'appel motivée ou de conclusions comportant la motivation du recours, adressées à la cour d'appel ; Civ. 2, 27 mai 2021, n° 19-24508 (P) : « Le défaut de qualité à agir du FIVA (fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante), en l'absence de paiement à la victime ou à ses ayants droit de l'indemnité, préalablement à l'engagement de l'action subrogatoire, donnant lieu à une fin de non recevoir, peut être régularisé jusqu'au jour où le juge statue ».

(article 123 du Code de procédure civile), causant ainsi un préjudice à son adversaire<sup>1</sup>.

χ) Exceptions au principe de la possibilité d'invoquer une fin de non-recevoir en tout état de cause

Depuis le décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019, l'article 123 prévoit que les fins de non-recevoir peuvent être proposées en tout état de cause « à moins qu'il en soit disposé autrement ». Le législateur peut donc déroger au principe, en imposant au plaideur de soulever une fin de non-recevoir pendant un certain stade de la procédure, à la fin duquel la fin de non-recevoir deviendra irrecevable.

Notamment, lorsque la procédure de la mise en état est applicable devant le tribunal judiciaire, le juge de la mise en état est en principe seul compétent pour statuer sur les fins de non-recevoir (article 789, 6°, du Code de procédure civile). Les parties ne sont alors plus recevables à soulever ultérieurement ces fins de non-recevoir au cours de la même instance à moins qu'elles ne surviennent ou soient révélées postérieurement au dessaisissement du juge de la mise en état (article 789, dernier alinéa).

Semblablement, en appel, le conseiller de la mise en état est seul compétent, à l'exclusion de la cour d'appel elle-même, pour se prononcer sur la recevabilité de l'appel (article 914 du Code de procédure civile). Si une partie n'invoque pas l'irrecevabilité de l'appel devant le conseiller de la mise en état, elle ne pourra donc s'en prévaloir ultérieurement devant la cour.

## Titre II : La compétence

- Définition : aptitude d'une juridiction à connaître d'une prétention, de préférence à une autre<sup>2</sup>. Ainsi définie, la compétence se distingue tant du pouvoir de juger que de la répartition des litiges au sein d'une même juridiction.

- Distinction de la compétence et du pouvoir de juger

Le pouvoir de juger est l'aptitude d'une juridiction, considérée en elle-même, à trancher un litige par application des règles de droit<sup>3</sup>. La confusion avec la compétence doit être évitée, car les sanctions de la violation des règles de compétence et de celles du pouvoir de juger sont différentes<sup>4</sup> :

- la violation des règles de compétence est sanctionnée par une exception d'incompétence ;
- la violation des règles relatives au pouvoir de juger est sanctionnée par une fin de non-recevoir.

Ex. irrecevabilité d'une demande en référé non justifiée par l'urgence (article 834 du Code de procédure civile) ou se heurtant à une contestation sérieuse, sans être justifiée par l'existence d'un différend<sup>5</sup> ; ou bien d'une demande en référé-provision ayant pour objet une créance à l'existence sérieusement contestable (article 835, alinéa 2, du Code de procédure civile). Il n'existe en effet pas d'autre juridiction qui puisse statuer sur une telle demande.

Une définition de la compétence comme « l'étendue du pouvoir de juger qui appartient à chaque juridiction »<sup>6</sup> est donc équivoque, dans la mesure où elle contribue à entretenir cette confusion entre les deux notions.

- Distinction de la compétence et de la répartition des litiges au sein d'une même juridiction

Il n'y a pas de conflit de compétence en cas de contestation relative à la chambre ou à la section d'une juridiction appelée à connaître de l'affaire<sup>7</sup>. La répartition des affaires au sein d'une même juridiction est en effet tranchée par une mesure d'administration judiciaire, comme telle insusceptible de recours, selon l'article 537 du Code de procédure civile.

<sup>1</sup> Cf. par ex. Civ. 3, 3 novembre 2016, n° 15-21482.

<sup>2</sup> Rappr. Cadet et Jeuland, *op. cit.*, n° 106 ; Héron et Le Bars, *op. cit.*, n° 951.

<sup>3</sup> Cadet et Jeuland, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>4</sup> Cf. *supra* : « conditions objectives d'existence de l'action en justice » et « moyens de défense ».

<sup>5</sup> Rappr. Civ. 3, 30 mars 2017, n° 16-10366, B. III, n° 47 : cassation de l'arrêt qualifiant le moyen tiré de l'existence d'une contestation sérieuse faisant obstacle à une mesure de référé d'exception de nullité et le soumettant, en conséquence, aux conditions de recevabilité de l'article 74 du Code de procédure civile.

<sup>6</sup> Perrot, *op. cit.*, t. I, p. 67.

<sup>7</sup> Cadet et Jeuland, *op. cit.*, *loc. cit.*



Ex. en cas de « *difficulté de répartition d'une affaire ou contestation sur la connaissance d'une affaire par une section* » d'un Conseil de Prud'hommes, « *le dossier est transmis au président du conseil de prud'hommes, qui, après avis du vice-président, renvoie l'affaire à la section qu'il désigne par ordonnance* (article R. 1423-7 du Code du travail). Le texte ajoute que « *cette ordonnance constitue une mesure d'administration judiciaire non susceptible de recours.* »

Ex. le juge unique du tribunal judiciaire statuant dans une des matières où c'est légalement possible (accidents de la circulation, exequatur... matières énumérées par l'article R. 212-8 du Code de l'organisation judiciaire) peut toujours renvoyer l'affaire en l'état à une formation collégiale. « *Cette décision* », précise par exemple l'article R. 212-8, dernier alinéa, du Code de l'organisation judiciaire, « *est une mesure d'administration judiciaire.* »

- Importance pratique : on ravale volontiers les contestations relatives à la compétence à de la pure chicane. Sans doute est-ce parfois le cas. Cependant les règles de compétence participe d'une bonne administration de la justice. En effet, la diversité des rôles dévolus aux différentes juridictions et les spécificités de la procédure applicable devant chacune d'entre elles s'opposent à ce que n'importe laquelle statue sur n'importe quel litige.
- Sources des règles relatives à la compétence : elles sont disparates, car ces règles figurent les unes dans le Code de procédure civile, les autres dans le Code de l'organisation judiciaire, les autres encore dans d'autres codes :
  - Code de procédure civile : règles générales relatives à la compétence d'attribution, détermination de la compétence territoriale, prorogation de compétence, règlement des incidents de compétence.
  - Code de l'organisation judiciaire : détermination de la compétence d'attribution du tribunal judiciaire, de la cour d'appel et de la Cour de cassation. L'article 33 du Code de procédure civile renvoie, de fait, aux « *règles relatives à l'organisation judiciaire* ».
  - Code de commerce, Code du travail, Code rural : détermination de la compétence des juridictions d'exception que sont le tribunal de commerce, le conseil de prud'hommes, le tribunal paritaire des baux ruraux (article L. 261-1 du Code de l'organisation judiciaire et les renvois à ces différents codes). L'article 33 du Code de procédure civile évoque, à cet égard, les « *dispositions particulières* ».

Plan :

- Chap. I : Détermination de la compétence
- Chap. II : Prorogation de compétence
- Chap. III : Règlement des incidents de compétence

### Chap. I : Détermination de la compétence

Il appartient au législateur, au sens large du terme – parlement ou pouvoir réglementaire – de déterminer la compétence des juridictions qu'il institue. Ce sont ces règles légales qu'on va étudier.

Toutefois la question de la détermination de la compétence se dédouble, car il résulte du Code de procédure civile qu'une distinction capitale est à faire entre deux sortes de compétence : la compétence d'attribution et la compétence territoriale.

- Contenu de la distinction de la compétence d'attribution et de la compétence territoriale
  - Compétence d'attribution

Comme les articles 33 et 34 du Code de procédure civile le laissent entendre, les règles relatives à la compétence d'attribution déterminent l'étendue du pouvoir de juger de chaque type de juridiction, en fonction :

- soit de la matière du litige – c'est pour cela qu'on l'appelle parfois compétence matérielle, *ratione materiae* ;

Ex. litige individuel né à l'occasion d'un contrat de travail, compétence du Conseil de

Prud'hommes ; litige en matière réelle immobilière, compétence exclusive du tribunal judiciaire.

- soit du montant de la demande.

Ex. litige civil portant sur une somme inférieure à 10 000 €, « compétence » du tribunal de proximité, si le tribunal judiciaire concerné possède des chambres de proximité (annexe tableau IV-II et IV-III du Code de l'organisation judiciaire) ; litige civil portant sur une somme égale ou supérieure à 10 000 €, « compétence » du tribunal judiciaire lui-même. Toutefois ce n'est pas, rigoureusement parlant, une question de compétence, car la chambre de proximité est une simple antenne, et non une juridiction distincte du tribunal judiciaire. Il en allait différemment dans le droit antérieur, où le montant de 10 000 € servait à départager les compétences d'attribution respectives du tribunal d'instance et du tribunal de grande instance.

#### - Compétence territoriale

Les règles de compétence territoriale déterminent, parmi toutes les juridictions de même nature, celle qui est territorialement compétente pour juger l'affaire. La détermination de la compétence territoriale suppose donc une localisation de l'affaire dans l'espace, d'où l'expression, parfois employée, de compétence *ratione loci*.

Exceptés la Cour de cassation et le Conseil d'État, qui sont des juridictions uniques, chaque juridiction ne peut en effet juger qu'à l'intérieur d'une circonscription territoriale qu'on appelle le ressort territorial : au-delà des limites de ce ressort, elle est incompétente. Ainsi la notion de compétence territoriale est-elle liée à celle de ressort territorial.

Ex. litige civil entre deux particuliers, l'un domicilié à Compiègne et l'autre à Amiens. Les règles relatives à la compétence d'attribution désignent le tribunal judiciaire. Mais encore faut-il déterminer, parmi les tribunaux judiciaires, lequel est territorialement compétent, en l'espèce celui de Compiègne ou celui d'Amiens.

- Intérêt de la distinction de la compétence d'attribution et de la compétence territoriale

Les règles gouvernant la compétence d'attribution sont traditionnellement considérées comme d'ordre public, parce que la répartition des matières entre les juridictions intéresse la bonne administration de la justice. On en déduit, conformément à l'article 6 du Code civil, que les justiciables ne sauraient y déroger par convention. En revanche, on a longtemps enseigné que les règles de compétence territoriale sont d'intérêt privé et que, dès lors, les parties peuvent y déroger. Mais l'affirmation n'est plus tout à fait exacte, car de plus en plus de règles de compétence territoriale sont d'ordre public, tandis que certaines règles gouvernant la compétence d'attribution sont simplement d'intérêt privé.

Ex. prohibition des clauses attributives de compétence territoriale, à moins qu'elles n'aient été stipulées entre les parties ayant toutes contractées en qualité de commerçant (article 48 du Code de procédure civile). Les règles de compétence territoriale sont donc souvent d'ordre public.

Ex. dans les actes mixtes, conclus entre un commerçant et un non-commerçant, ce dernier, lorsqu'il est demandeur, bénéficie d'une option de juridiction : il peut assigner le défendeur commerçant soit devant le tribunal de commerce, soit devant le tribunal judiciaire. Il peut donc renoncer à la faculté, que la loi lui offre pour sa protection, d'assigner le commerçant devant la juridiction proprement civile. Ainsi les règles de compétence d'attribution sont-elles parfois facultatives.

- Terminologie

On appelait encore jadis la compétence d'attribution « compétence absolue », pour l'opposer à la « compétence relative » que serait la compétence territoriale ; mais ces expressions critiquables n'ont guère plus cours. En effet, elles suggèrent que les règles gouvernant la compétence territoriale seraient d'intérêt privé, par opposition aux règles gouvernant la compétence d'attribution. Or, on l'a vu, cette opposition a perdu de sa vigueur.

On désignait aussi quelquefois la compétence territoriale sous le terme de compétence *ratione personæ*, pour l'opposer à la compétence *ratione materiae* qu'est la compétence d'attribution. Cependant, là aussi, les expressions sont discutables. En effet, la compétence territoriale n'est pas toujours déterminée par rapport, relativement à la personne du défendeur ou, plus exactement, son domicile. Quant à la compétence

d'attribution, elle n'était pas, jusqu'au 31 décembre 2019, uniquement déterminée en fonction de la matière du litige, mais aussi en fonction du montant de celui-ci.

### Section 1 : Détermination de la compétence d'attribution

Jusqu'au 31 décembre 2019, la compétence d'attribution dépendait à la fois du montant du litige et de la matière sur laquelle elle porte. Non seulement, en effet, la répartition des compétences entre les différentes juridictions de première instance était fonction de la matière du litige, mais encore il existait un taux de compétence, permettant de déterminer quelle juridiction de première instance peut connaître d'un litige civil *stricto sensu*. Plus exactement, le tribunal d'instance était en principe compétent pour les demandes personnelles ou mobilières d'un montant inférieur ou égal à 10 000 €, le tribunal de grande instance en principe compétent pour les demandes d'un montant supérieur à ce chiffre.

Mais, depuis le 1er janvier 2020, le tribunal de grande instance a absorbé le tribunal d'instance pour former le tribunal judiciaire<sup>1</sup>. Deux éventualités doivent alors être prises en considération :

- Lorsqu'un tribunal d'instance avait son siège dans la commune où siège un tribunal de grande instance, ce tribunal d'instance disparaît purement et simplement et toutes ses compétences sont transférées au siège central du tribunal judiciaire.

Ex. disparition du tribunal d'instance de Charleville-Mézières et transfert de ses compétences au tribunal judiciaire de la même ville, ex-tribunal de grande instance.

- Lorsqu'un tribunal d'instance avait son siège dans une commune autre que celle du siège du tribunal de grande instance, il peut – et non pas « doit » – devenir une chambre détachée du tribunal judiciaire portant le nom de tribunal de proximité (article L. 212-8 du Code de l'organisation judiciaire). Malgré son appellation trompeuse, celui-ci est une simple composante du tribunal judiciaire, et non une juridiction distincte de celui-ci comme l'était le tribunal d'instance du tribunal de grande instance.

Ex. les deux tribunaux d'instance de Roubaix et de Tourcoing disparaissent et le tribunal de proximité de Roubaix, chambre détachée du tribunal judiciaire de Lille, les remplace.

Le tribunal judiciaire est ainsi compétent pour toutes les demandes civiles *stricto sensu*, quel que soit leur montant. Seuls sont soustraits à sa compétence les litiges qui, à raison de leur matière, relèvent de la compétence d'une juridiction d'exception – tribunal de commerce, conseil de prud'hommes, tribunal paritaire des baux ruraux. La détermination de la compétence d'attribution s'effectue donc désormais exclusivement en fonction de la matière du litige.

La raison officiellement donnée à ce bouleversement des règles gouvernant la compétence d'attribution est la nécessité de les simplifier (tu parles d'une simplification...). Mais la raison véritable est économique. En effet, le tribunal judiciaire pourra créer, à l'intérieur de son ressort territorial, des chambres de proximité auxquelles seront dévolus les litiges modestes, à l'enjeu inférieur ou égal à 10 000 €, naguère de la compétence du tribunal d'instance. Or la suppression d'une chambre de proximité se fera plus discrètement que celle d'un tribunal d'instance. Le gouvernement escompte donc pouvoir réduire encore le nombre des petites juridictions, le justiciable dût-il en souffrir en étant privé de la faculté de saisir une juridiction proche de son domicile. Le développement de la saisine dématérialisée des juridictions civiles et la régression de la procédure orale, laquelle suppose la comparution des parties, au profit d'une procédure écrite où les parties sont dispensées de comparaître, atténueront, estime-t-on sans l'avouer à la Chancellerie, les inconvénients inhérents à un éloignement géographique des juridictions.

La suppression du tribunal d'instance, dont les compétences ont été absorbées par le tribunal de grande instance devenu tribunal judiciaire, a abouti à transformer ce dernier en une sorte d'édifice monstrueux, semblable au Palais de Ceaucescu à Bucarest. Cette architecture démesurée a créé un labyrinthe intérieur inextricable<sup>2</sup>, dans lequel même les magistrats et avocats les plus familiers de la juridiction risquent de s'égarer, faute de disposer d'un fil d'Ariane. Il n'y a évidemment là rien dont il faille se féliciter...

Les règles nouvelles déterminant la compétence d'attribution seront seules exposées. Les règles anciennes seront néanmoins rappelées dans une annexe figurant à la fin de cette section.

<sup>1</sup> S. Degouys « 1er janvier 2020 : disparition du tribunal d'instance, naissance du tribunal judiciaire », *JCP* 11 novembre 2019, 1144 ; B. Beignier et V. Egea « Tribunal judiciaire - La nouvelle organisation judiciaire et les compétences juridictionnelles », *Procédures* n° 3, mars 2020, *Etude* 2. Aussi l'article 95-I, 42° de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 a-t-il abrogé le titre II « Le tribunal d'instance » du livre 2 du Code de l'organisation judiciaire (M. Guez « Le TJ, naissance d'une juridiction », *Gaz. Pal.* 23 avril 2019, n° 16, p. 48).

<sup>2</sup> B. Taillebot et Ch. Gallino « Le regard de la magistrature sur la réforme de la procédure civile "Voici enfin l'œuvre fameuse, le palais aux détours inextricables" (Virgile, *Enéide*, IV, 27) », *Dr. Fam.* n° 4, avril 2020, *Etude* 13, n° 5-6.

On traitera de la compétence matérielle du tribunal judiciaire, puis de celle de la cour d'appel.

## § 1 Compétence matérielle du tribunal judiciaire

Les juridictions de première instance sont, d'une part, le tribunal judiciaire, d'autre part, les juridictions d'exception que sont le tribunal de commerce, le conseil de prud'hommes et le tribunal paritaire des baux ruraux.

Mais on ne développera pas ici les règles de compétence d'attribution concernant ces dernières ; on se bornera à renvoyer aux dispositions particulières figurant dans les codes réglementant la compétence matérielle de ces différentes juridictions.

Le tribunal judiciaire est, quant à lui :

- Jurisdiction de droit commun en matière civile
- Jurisdiction à compétence exclusive en certaines matières
- Jurisdiction à juge unique en diverses matières

### A. Le tribunal judiciaire, juridiction de droit commun en matière civile

On rappellera la signification et la portée de ce principe.

#### 1. Signification du caractère de juridiction de droit commun du tribunal judiciaire

- Les juridictions de droit commun sont celles qui ont une compétence de principe pour connaître de tous les litiges sans qu'il soit besoin d'une loi, d'un texte spécial pour les investir du pouvoir de juger telle ou telle affaire. Elles ont donc vocation à juger tous les litiges, pour autant qu'un texte particulier ne leur a pas retiré la connaissance de telle ou telle catégorie déterminée d'affaires.
- Les juridictions d'exception, à l'inverse, ne sont compétentes pour connaître que de certaines affaires limitativement énumérées, qu'un texte spécial leur a attribuées. Leur compétence est donc, en quelque sorte, exceptionnelle et dérogoire au droit commun. Dans le contentieux administratif, on les appelle « juridictions d'attribution », expression synonyme de « juridictions d'exceptions », mais qui prête à confusion, car toute juridiction, qu'elle soit de droit commun ou d'exception, a une compétence d'attribution, c'est-à-dire à raison de la matière.

Aux termes de l'article L. 211-3 du Code de l'organisation judiciaire : « *Le tribunal judiciaire connaît de toutes les affaires civiles et commerciales pour lesquelles compétence n'est pas attribuée, en raison de la nature de la demande, à une autre juridiction.* »

Le tribunal judiciaire est juridiction de droit commun en matière civile *lato sensu* : il a une compétence de principe pour connaître, en première instance, de tous les litiges de nature privée, dès lors du moins qu'une disposition particulière de la loi ne lui en a pas expressément retirée la connaissance pour l'attribuer à une juridiction spécialisée . On dit encore qu'il dispose d'une plénitude de juridiction.

C'est donc au tribunal judiciaire qu'on s'adresse, en l'absence d'un texte attribuant compétence à une juridiction particulière pour connaître d'une affaire, en raison de la nature de cette affaire.

#### 2. Portée du caractère de juridiction de droit commun du tribunal judiciaire<sup>1</sup>

Cette portée doit être précisée, d'une part, au regard de l'existence de juridictions d'exception, d'autre part, en raison de la présence éventuelle de chambres de proximité au sein du tribunal judiciaire.

##### a. Existence de juridictions d'exception en première instance

Le tribunal judiciaire est privé par les textes de la connaissance de certaines affaires au profit de juridictions d'exception, en raison de leur nature, comme le sous-entend l'article L. 211-3 précité du Code de l'organisation judiciaire.

<sup>1</sup> B. Taillebot et Ch. Gallino « Le regard de la magistrature sur la réforme de la procédure civile "Voici enfin l'œuvre fameuse, le palais aux détours inextricables" (Virgile, *Enéide*, IV, 27) », *Dr. fam.* n° 4, avril 2020, *Etude* 13, spéc. n° 4-5.

Par exemple, la loi attribue la connaissance des affaires commerciales aux tribunaux de commerce, les litiges individuels relatifs à un contrat de travail aux conseils de prud'hommes. Cela réduit d'autant la compétence des tribunaux judiciaires, dont la compétence de droit commun se limite, en pratique, aux affaires de nature proprement civile et au contentieux de la sécurité sociale.

b. Présence éventuelle de chambres de proximité au sein du tribunal judiciaire

Ainsi qu'on l'a souligné précédemment, le tribunal de proximité n'est qu'une antenne, une chambre détachée du tribunal judiciaire. Son siège et son ressort, ainsi que ses compétences matérielles sont fixées par décret (article L. 212-8, alinéa 1er du Code de l'organisation judiciaire).

Mais, par décision conjointe du premier président de la cour d'appel dans le ressort de laquelle se trouve le tribunal judiciaire concerné et du procureur général de cette cour, les chambres de proximité peuvent se voir attribuer, dans les limites de leur ressort, des compétences matérielles supplémentaires (article L. 212-8 précité, alinéa 2).

En l'état, le tribunal de proximité a vocation à connaître du contentieux naguère dévolu au tribunal d'instance, soit à raison de la spécificité de la matière, soit à raison de la modicité relative du montant de la demande.

Or, modifiant l'article 2 de la loi n° 2007-1787 du 20 décembre 2007 relative à la simplification du droit, l'article 5 de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019, inséré dans une section de la loi intitulée « *Etendre la représentation obligatoire* », dispose :

*« dans certaines matières, en raison de leur nature, ou en considération de la valeur du litige, les parties peuvent se défendre elles-mêmes ou se faire assister ou représenter devant le tribunal judiciaire<sup>1</sup>, outre par un avocat », par des personnes proches limitativement énumérées<sup>2</sup>.*

Ces « matières », auxquelles l'article 2 de la loi du 20 décembre 2007 fait allusion, sont celles relevant des attributions du tribunal de proximité. La Chambre de proximité statue donc à juge unique (article R. 212-8, 12° et 19° du Code de l'organisation judiciaire)<sup>3</sup>, selon la procédure orale ordinaire (article 817 du Code de procédure civile) et sans ministère d'avocat obligatoire (article 761 du Code de procédure civile), qui était applicable devant feu le tribunal d'instance.

Lorsque, toutefois, un tribunal judiciaire ne comprend pas de chambre de proximité, il connaît lui-même de ce contentieux, mais la procédure sans représentation obligatoire, orale et à juge unique lui demeure applicable<sup>4</sup>.

Le tribunal de proximité ou, à défaut de chambre de proximité, le tribunal judiciaire lui-même connaît ainsi, selon cette procédure, à juge unique, des litiges concernant :

α) Les contentieux de la protection (articles L. 213-4-1 à L. 213-4-8 du Code de l'organisation judiciaire), portant principalement sur les matières suivantes :

- tutelle des majeurs (article L. 213-4-2) – sauvegarde de justice, de la curatelle, de la tutelle des majeurs et de la mesure d'accompagnement judiciaire, etc...
- actions tendant à l'expulsion des personnes qui occupent aux fins d'habitation des immeubles bâtis sans droit ni titre (article L. 213-4-3 du Code de l'organisation judiciaire) – squatteurs
- actions dont un contrat de louage d'immeubles à usage d'habitation ou un contrat portant sur l'occupation d'un logement est l'objet, la cause (article L. 213-4-4)
- litiges en matière de crédit à la consommation (article L. 213-4-5)
- surendettement des particuliers (article L. 213-4-7)

β) De nombreuses autres matières particulières (article D. 212-19-1 du Code de l'organisation judiciaire renvoyant aux annexes du Code, tableau IV-II, 2° à 66°).

<sup>1</sup> Le texte parle littéralement du « tribunal de grande instance », mais celui a été rebaptisé tribunal judiciaire, à partir du 1er janvier 2020. Il faut donc faire abstraction de cette coquille du législateur.

<sup>2</sup> Leur conjoint, leur concubin, la personne avec laquelle elles ont conclu un pacs, leurs parents ou alliés en ligne directe, parents leurs parents ou alliés en ligne collatérale jusqu'au troisième degré inclus, enfin les personnes exclusivement attachées à leur service personnel ou à leur entreprise.

<sup>3</sup> Cf. *infra* : C. « Le tribunal judiciaire, tribunal à juge unique en certaines matières ».

<sup>4</sup> Cf. *infra* : C « Le tribunal judiciaire, juridiction à juge unique en diverses matières civiles ».

χ) Les actions personnelles ou mobilières jusqu'à 10 000 € et les demandes indéterminées qui ont pour origine l'exécution d'une obligation dont le montant n'excède pas 10 000 €, en matière civile (article D. 212-19-1 du Code de l'organisation judiciaire renvoyant aux annexes du Code, tableau IV-II, 1°).

- L'expression « *personnelles ou mobilières* » est très large, car plupart des actions en justice sont soit personnelles, soit mobilières – le chef de compétence est alternatif et non pas cumulatif. La Chambre de proximité connaît donc, en gros, des litiges purement civils jusqu'à 10.000 €.

C'est le montant de la demande, et non celui de la condamnation prononcée, qu'il convient de prendre en compte, comme l'indique l'article 34 du Code de procédure civile à propos de la compétence d'attribution et du taux du ressort<sup>1</sup>. Dans le cas contraire, en effet, le juge pourrait modifier à son gré le taux de compétence ou le taux du ressort<sup>2</sup>, pour se déclarer, ou non, compétent ou pour rendre, ou non, sa décision susceptible d'appel.

Le montant à prendre en considération est celui du montant de la demande exprimée en principal dans les dernières conclusions du demandeur<sup>3</sup>. Dans les procédures orales, à défaut d'écritures des parties, on prendra en compte le montant dont le plumeur d'audience, enregistrant les prétentions des parties, aura fait état<sup>4</sup>.

La notion de montant de la demande inclut :

- le capital,
- augmenté des fruits et des dommages et des intérêts échus au jour de l'introduction de l'instance<sup>5</sup>.

Elle exclut en revanche :

- les intérêts échus au cours du procès, afin que la compétence ou la faculté de faire appel ne dépende pas de la durée du procès ;
- les frais de justice, dépens ou frais irrépétibles de l'article 700 du Code de procédure civile<sup>6</sup>.

Lorsque le litige comporte plusieurs demandes, les articles 35 à 39 du Code de procédure civile fixent des règles d'évaluation différentes, selon que le juge est saisi de plusieurs demandes initiales ou qu'une ou plusieurs demandes incidentes viennent se greffer sur la demande principale.

- Pluralités de demandes initiales

Les articles 35 et 36 du Code de procédure civile traitent successivement du cas où les demandes plures sont formées par un demandeur unique contre un défendeur unique et de celui où il existe une pluralité de demandeurs ou de défendeurs dans la même instance.

- Demandes émanant d'un demandeur unique contre un défendeur unique

L'article 35 du Code de procédure civile distingue suivant que les demandes sont, ou non, connexes ou fondées sur les mêmes faits.

- Demandes connexes ou fondées sur les mêmes faits

La compétence et le taux du ressort sont déterminés par la valeur totale des demandes (article 35, alinéa 2)<sup>7</sup>. Si une des demandes est indéterminée, le caractère indéterminée, selon la jurisprudence, doit être retenu pour le tout<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> Cf. Civ. 26 juillet 1882, *D.P.* 83, 1, 342 ; Civ. 2, 5 janvier 1967, *B. II*, n° 1 : ces décisions ont été rendues à propos du taux du ressort, mais la solution doit être étendue par analogie au taux de compétence.

<sup>2</sup> Chainais et alii, *Procédure civile*, n° 1500.

<sup>3</sup> Civ. 2, 5 janvier 1967, préc., à propos du taux du ressort : « *le taux de ressort doit être apprécié d'après la demande telle qu'elle résulte des dernières conclusions* » ; dans le même sens : Civ. 2, 5 mai 1967, *B. II*, n° 169 ; Civ. 3, 15 juin 1977, *B. III*, n° 259, décisions toutes deux rendues également à propos du taux du ressort.

<sup>4</sup> Chainais et alii, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>5</sup> Civ. 3, 13 février 1991, n° 89-12759, *B. III*, n° 53 : inclusion des dommages-intérêts pour procédure abusive dans le montant de la demande, pour déterminer si celle-ci excède ou non le taux du ressort.

<sup>6</sup> Civ. 2, 2 octobre 1981, *B. II*, n° 177, à propos du taux du ressort : « *la demande formée au titre de l'article 700 du nouveau Code de procédure civile ne constitue pas une prétention dont la valeur doit être prise en compte pour la détermination du taux du ressort* ».

<sup>7</sup> Cf. par ex. Civ. 2, 31 mars 2011, n° 10-16479 ; Civ. 2, 27 juin 2013, n° 12-20841.

<sup>8</sup> Soc. 17 décembre 1992, n° 90-18092 ; Civ. 1, 7 février 1995, n° 92-19794, *B. I*, n° 70 : demande principale inférieure au taux de compétence et demande reconventionnelle indéterminée connexe, sachant que l'article 39 du Code de procédure civile, qui traite des demandes incidentes, renvoie expressément à l'article 35.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Panthéon-Assas  
Licence droit 3ème année Melun 2023-2024

→ Demandes non connexes et fondées sur des faits différents

La compétence et le taux du ressort sont déterminés par la nature et la valeur de chaque demande isolément considérée (article 35, alinéa 1er).

◦ Pluralité de demandeurs ou de défendeurs dans la même instance

L'article 36 du Code de procédure civile envisage l'hypothèse de demandes émises en vertu d'un titre commun, à distinguer, donc, de celle où les demandes ne procèdent pas d'un titre commun.

→ Demandes émises en vertu d'un titre commun

L'expression de « *titre commun* » doit s'entendre de la cause génératrice des droits invoqués par ou contre les litisconsorts<sup>1</sup>.

Ex. obligation solidaire. La solidarité active mettra aux prises plusieurs créanciers et un débiteur, la solidarité passive plusieurs débiteurs et un créancier unique.

La compétence et le taux du ressort sont alors déterminés, pour l'ensemble des prétentions, par la plus élevée d'entre elles, selon l'article 36 précité.

Ex. une des demandes porte sur un montant de 11.000 €, tandis que les deux autres sont respectivement de 7.000 € et 3.000 €. L'ensemble du litige échappera alors à la compétence de la chambre de proximité s'il en existe une au sein du tribunal judiciaire considéré. La procédure sera, en principe, écrite et avec ministère d'avocat obligatoire.

Ex. les trois demandes sont d'un montant respectif de 3.500 €, 7.000 € et 3.000 €. L'affaire sera alors jugé pour le tout par la chambre de proximité s'il en existe une, mais à charge d'appel, puisque la plus élevée des demandes excède le taux du ressort. La procédure applicable en première instance sera la procédure orale et sans représentation obligatoire.

→ Demandes émises en l'absence de titre commun

L'article 36 étant muet, la Cour de cassation estime qu'il faut en revenir, par un raisonnement *a fortiori*, à la règle de l'article 35, alinéa 1er<sup>2</sup>, apparemment même dans l'hypothèse où ces demandes sont unies par un lien de connexité<sup>3</sup>.

En conséquence, la compétence et le taux du ressort seront déterminés isolément pour chacune des demandes.

– Pluralités par adjonction de demandes incidentes

La lecture des articles 37 et 38 du Code de procédure civile conduirait à distinguer deux hypothèses, selon que les demandes incidentes sont toutes inférieures au taux de compétence de la juridiction saisie ou bien qu'une au moins d'entre elles lui est supérieure.

◦ Demandes incidentes toutes inférieures au taux de compétence de la juridiction saisie

L'article 37 du Code de procédure civile énonce la règle suivante :

*« Lorsque la compétence dépend du montant de la demande, la juridiction connaît de toutes interventions et demandes reconventionnelles et en compensation inférieures au taux de sa compétence alors même que, réunies aux prétentions du demandeur, elles l'excéderaient. »*

Ex. Chambre de proximité saisie d'une demande initiale de 5.000 € et de deux interventions d'un montant de 7.000 € chacune. Elle demeure compétente sur le tout, bien que l'addition du montant des prétentions  $([7.000 \text{ €} \times 2] + 5.000 \text{ €} = 19.000 \text{ €})$  excède son taux de compétence.

Motif : le législateur a voulu préserver l'unité du litige.

◦ Demandes incidentes dont une au moins est supérieure au taux de compétence de la juridiction saisie

La règle est alors donnée par l'article 38 du Code de procédure civile :

<sup>1</sup> Civ. 2, 29 avril 1997, *Procédures* 1997, n° 177, obs. R. Perrot.

<sup>2</sup> Civ. 2, 7 octobre 1982, *B. II*, n° 120 ; cf. Perrot, *Droit judiciaire privé.*, t. I, p. 192.

<sup>3</sup> Civ. 2, 7 avril 2011, n° 10-17908 ; Civ. 1, 19 mars 2015, n° 13-27414, *B. I*, n° 67 (sur le deuxième moyen, non publié au *Bulletin*). Il y avait eu antérieurement des hésitations.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Panthéon-Assas  
Licence droit 3ème année Melun 2023-2024

*« Lorsqu'une demande incidente est supérieure au taux de sa compétence, le juge, si une partie soulève l'incompétence, peut soit ne statuer que sur la demande initiale, soit renvoyer les parties à se pourvoir pour le tout devant la juridiction compétente pour connaître de la demande incidente. Toutefois, lorsqu'une demande reconventionnelle en dommages-intérêts est fondée exclusivement sur la demande initiale, le juge en connaît à quelque somme qu'elle s'élève. »*

Cette règle se présente donc sous la forme d'un principe, assorti d'une exception. Le principe est celui d'une option ouverte au juge et l'exception concerne la demande reconventionnelle en dommages-intérêts fondée exclusivement sur la demande initiale.

→ Principe : option ouverte au juge

Dès lors qu'une partie invoque son incompétence, le juge peut soit statuer sur la seule demande initiale, soit renvoyer les parties à se pourvoir pour le tout devant la juridiction compétente pour connaître de la demande incidente. Le juge est donc en principe incompétent pour connaître de l'entier litige, il n'a le choix qu'entre statuer uniquement sur la demande principale ou se déclarer incompetent pour le tout.

Ex. Chambre de proximité saisie d'une demande initiale de 5.000 € et de deux interventions, la première d'un montant de 7.000 €, la seconde d'un montant de 12.000 €. L'article 38 du Code de procédure civile lui laisse le choix entre<sup>1</sup> :

- ne statuer que sur les demandes inférieures à 10.000 €, au risque de briser l'unité du litige ;
- ou bien, s'il estime que toutes les demandes forment un ensemble dont il serait inopportun de rompre l'unité, renvoyer les parties à se pourvoir devant le tribunal judiciaire lui-même sur le tout, y compris sur les demandes entrant normalement dans les limites quantitatives de sa compétence.

→ Exception : demande reconventionnelle en dommages-intérêts fondée exclusivement sur la demande initiale

Par une telle demande reconventionnelle, le défendeur s'efforce d'obtenir la condamnation du demandeur à des dommages-intérêts, en soutenant que celui-ci a abusé de son droit d'ester en justice<sup>2</sup>. La demande incidente suit alors le sort de la demande principale<sup>3</sup>.

Motifs :

- Technique : la demande initiale servant de cause à la demande incidente, on ne voit pas comment le juge pourrait statuer sur celle-ci indépendamment de celle-là. La connaissance des deux demandes doit donc être attribuée au même juge ;
- D'opportunité : demande vue avec défaveur par le législateur, qui craint qu'elle ne serve de moyen d'intimidation ou de moyen dilatoire. Le juge compétent pour en connaître ne peut guère être que celui compétent à l'égard de la demande initiale, si on veut prévenir ces inconvénients.

Cela dit, les prorogations légales de compétence que le législateur a instituées quant aux demandes incidentes au profit du tribunal judiciaire, rendent, en pratique, inapplicables les règles de compétence posées par les articles 37 et 38 du Code de procédure civile en matière de demandes incidentes. En effet, selon l'article 51, alinéa 1er, du Code de procédure civile, la compétence légale du tribunal judiciaire et, partant, du tribunal de proximité qui en est une émanation est, d'une manière générale, prorogée aux demandes incidentes, sauf lorsque celles-ci relèvent de la compétence exclusive d'une autre juridiction. Or la compétence d'attribution d'une juridiction à raison du montant de la demande ne présente jamais un caractère exclusif<sup>4</sup>. La prorogation légale de compétence du tribunal de proximité à une demande incidente excédant le taux de compétence de cette juridiction est donc automatique.

- L'expression alternative « *demandes indéterminées qui ont pour origine l'exécution d'une obligation dont le montant n'excède pas 10.000 €* » mérite quelques explications,

Certaines demandes ne sont pas chiffrables et, de ce fait, sont dites indéterminées. Elles ressortissent à deux catégories :

- Les demandes extra-patrimoniales en matière d'état et de capacité des personnes. Elles sont de la compétence exclusive du tribunal judiciaire lui-même<sup>5</sup>. La procédure avec

<sup>1</sup> Perrot, *op. cit.*, t. I, p. 223.

<sup>2</sup> Cf. *supra* : « Caractères de l'action en justice », « Caractère libre ».

<sup>3</sup> Sur l'interprétation à donner de la notion de « *demande reconventionnelle en dommages-intérêts fondée exclusivement sur la demande initiale* », cf. *infra* : β) « Taux du ressort ».

<sup>4</sup> Cf. *infra* : « Prorogation légale de compétence ».

<sup>5</sup> Cf. *infra* : B « Le tribunal judiciaire, juridiction à compétence exclusive en certaines matières ».



représentation obligatoire par avocat est en principe applicable.

- Les demandes patrimoniales insusceptibles d'une évaluation en argent, que vise le 1° du tableau IV-2 annexé au Code de l'organisation judiciaire.

A propos de feu le taux de compétence, lequel permettrait de savoir si un litige relevait de la compétence du tribunal d'instance ou du tribunal de grande instance, et à propos du problème de savoir si un litige est susceptible d'appel, ce qui est toujours le cas lorsque la demande est indéterminée (article 40 du Code de procédure civile), la Cour de cassation a qualifié d'indéterminées les demandes suivantes :

- demande en nullité<sup>1</sup>,
- demande en résolution pour inexécution d'un contrat<sup>2</sup>,
- demande en revendication d'un bien<sup>3</sup>,
- demande tendant à la condamnation du débiteur à l'exécution d'une obligation de faire<sup>4</sup>, sous réserve que le coût de l'exécution n'ait pas été chiffré<sup>5</sup>,
- demande en relevé de forclusion du créancier qui n'a pas déclaré dans les délais sa créance au passif du débiteur soumis à une procédure collective<sup>6</sup>,

La tendance de la jurisprudence à retenir une notion large de la demande indéterminée s'est manifestée tout particulièrement en droit du travail, à dessein, le plus souvent, de faire bénéficier le salarié du double degré de juridiction. Ainsi la jurisprudence a-t-elle qualifié d'indéterminées dans leur montant les demandes suivantes, émanant de salariés :

- demande en remise, par l'employeur, de bulletins de paie modifiés, par exemple mentionnant le nombre de jours exact de congés payés pris par le salarié<sup>7</sup>, dès lors qu'elle ne constitue pas la conséquence nécessaire d'une demande chiffrée<sup>8</sup>,
- demande en annulation d'une sanction de mise à pied infligée à un salarié par son employeur<sup>9</sup>,
- demande tendant à la publication d'une décision de condamnation à intervenir<sup>10</sup>,
- demande tendant à la reconnaissance d'une unité économique et sociale en droit du travail<sup>11</sup>.

Pour savoir si la chambre de proximité peut en connaître, s'il en existe une, et, au-delà, si la procédure applicable sera orale et sans représentation obligatoire, dût-elle se dérouler directement devant le tribunal judiciaire, le texte distingue selon que la demande a pour origine l'exécution d'une obligation d'un montant inférieur ou égal à 10.000 € ou supérieur à ce montant.

Ex. : vente d'un véhicule affecté d'un vice caché. Si le prix de vente n'excède pas 10.000 €, le litige doit être porté devant le tribunal de proximité territorialement compétent s'il en existe un, sinon le tribunal judiciaire lui-même, et, en tout état de cause, ce litige sera soumis à une procédure orale, sans ministère d'avocat obligatoire.

## B. Le tribunal judiciaire, juridiction à compétence exclusive en certaines matières

La compétence exclusive signifie que la connaissance d'un certain contentieux est absolument réservée à une juridiction déterminée. Les autres juridictions sont donc radicalement incompétentes pour en connaître, seraient-elles saisies de la question incidemment, à l'occasion d'un litige duquel elles avaient compétence pour connaître. Ces juridictions doivent dès lors surseoir à statuer, jusqu'à ce que cette question, dite préjudicielle, soit tranchée par la juridiction ayant compétence exclusive.

<sup>1</sup> Civ. 3, 18 décembre 1991, n° 90-11048, B. III, n° 320 : invocation de la nullité d'une association.

<sup>2</sup> Civ. 1, 26 janvier 1994, B. I, n° 29 ; RTD com. 1994, 543, obs. B. Bouloc : action réhabilitatoire ; Civ. 1, 17 février 1995, n° 92-17894, B. I, n° 50 ; Civ. 2, 16 mai 2012, n° 11-11725.

<sup>3</sup> Com. 11 juillet 1972, RTD com. 1973, 379, obs. R. Houin.

<sup>4</sup> Civ. 2, 1er décembre 1960, B. II, n° 731 ; Civ. 2, 6 juin 2013, n° 12-20062, B. II, n° 110 ; Rev. soc. 2014, 38, note J.-F. Barbiéri : « toute demande tendant à la condamnation du défendeur à l'exécution d'une obligation de faire constituée en elle-même une demande indéterminée » ; dans le même sens : Com. 21 octobre 1997, n° 95-12465, B. IV, n° 269 ; D. 1999, somm. 148, obs. M. Cabrillac ; RTD com. 1998, 182, obs. M. Cabrillac.

<sup>5</sup> Civ. 2, 7 juin 2007, n° 06-12188, B. II, n° 139 ; Procédures 2007, n° 243, obs. R. Perrot : coût des travaux à effectuer chiffré à l'issue d'un référé-expertise à une somme inférieure à 4.000 €, appel irrecevable ; mais comp. Civ. 2, 6 juin 2013, préc. : évaluation par le demandeur de l'obligation de faire à 1 €, appel néanmoins recevable.

<sup>6</sup> Com. 12 janvier 2016, n° 14-18936, B. IV, n° 4.

<sup>7</sup> Soc. 28 novembre 2006, n° 05-41001, B. V, n° 357.

<sup>8</sup> Soc. 23 mars 2011, n° 09-70827, B. V, n° 78 ; Procédures 2011, n° 204, obs. A. Bugada.

<sup>9</sup> Soc. 26 octobre 1999, n° 97-44304, B. V, n° 413.

<sup>10</sup> Soc. 23 mars 2011, préc.

<sup>11</sup> Soc. 12 septembre 2007, n° 06-60275, B. V, n° 129 ; Soc. 24 septembre 2008, n° 07-60350, B. II, n° 182 ; Soc. 31 janvier 2012, n° 11-20232 et 11-20233, B. V, n° 37.

Dans divers cas, le tribunal judiciaire a reçu compétence exclusive pour connaître d'un certain nombre de matières (articles L. 211-4 et R. 211-3-26 du Code de l'organisation judiciaire), notamment :

- État des personnes (mariage, filiation, adoption, déclaration d'absence)
- Annulation des actes d'État civil
- Successions
- Amendes civiles encourues par les officiers de l'État civil
- Actions immobilières pététoires<sup>1</sup>
- Récompenses industrielles – c'est-à-dire la propriété industrielle
- Dissolution des associations
- Sauvegarde, redressement judiciaire et liquidation judiciaire lorsque le débiteur n'est ni commerçant ni immatriculé au répertoire des métiers
- Assurance contre les accidents et les maladies professionnelles des personnes non salariées en agriculture
- Droits d'enregistrement, taxe de publicité foncière, droits de timbre et contributions indirectes et taxes assimilées à ces droits, taxes ou contributions
- Baux commerciaux, à l'exception des contestations relatives à la fixation du prix du bail révisé ou renouvelé<sup>2</sup>, baux professionnels et conventions d'occupation précaire en matière commerciale
- Enregistrement et contributions indirectes
- Actions civiles pour diffamation ou pour injures publiques ou non publiques, verbales ou écrites
- Contestations concernant le paiement, la garantie ou le remboursement des créances de toute nature recouvrées par l'administration des douanes et les autres affaires de douanes, dans les cas et conditions prévus au Code des douanes

Comme l'article R. 211-3-26 du Code de l'organisation judiciaire l'indique, sa liste n'est pas exhaustive. De fait, divers textes donnent encore compétence exclusive au tribunal judiciaire dans d'autres matières :

- Les demandes relatives aux frais, émoluments et débours des auxiliaires de justice et des officiers publics ou ministériels dans les cas prévus par l'article 52 du Code de procédure civile (article L. 211-6 du Code de l'organisation judiciaire)
- Les actions en réparation d'un dommage corporel (article L. 211-4-1 du Code de l'organisation judiciaire)
- Les actions de groupe (article L. 211-9-2 du Code de l'organisation judiciaire)

Enfin, des tribunaux judiciaires spécialement désignés reçoivent compétence exclusive dans certaines matières, ainsi :

- Les actions en matière de propriété littéraire et artistique, de dessins et modèles, de brevets d'invention... (article L. 211-10 du Code de l'organisation judiciaire)
- Les actions aux fins d'adoption, ainsi que les actions aux fins de reconnaissance des jugements d'adoption rendus à l'étranger, lorsque l'enfant résidant habituellement à l'étranger a été, est ou doit être déplacé vers la France (article L. 211-13 du Code de l'organisation judiciaire)
- Les litiges relevant du contentieux général de la sécurité sociale défini à l'article L. 142-1 du Code de la sécurité sociale (article L. 211-16 du Code de l'organisation judiciaire)<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Actions ayant pour objet la transmission de la propriété immobilière ou la constitution de droits réels immobiliers, par opposition aux actions personnelles et, partant, mobilières (Civ. 2, 13 octobre 2016, n° 15-24482, *B.* II, n° 226). Ce chef de compétence est bien exclusif (Civ. 3, 13 juillet 2017, n° 16-50057, *B.* III, n° 93).

<sup>2</sup> C'est le président du tribunal judiciaire qui en connaît exclusivement (article R 145-23, alinéa 1er, du Code de commerce ; Civ. 3, 9 mai 2012, n° 11-23135 ; *Gaz. Pal.* 29-30 juin 2012, p. 26, note C.-E. Brault). Le tribunal de commerce ne peut connaître de litiges en matière de baux commerciaux qu'à la double condition que l'action soit étrangère au statut des baux commerciaux **et** que les parties au litige aient la qualité de commerçant (article L. 721-3, 1°, du Code de commerce ; Com. 18 octobre 2016, n° 14-27212, *B.* IV, n° 132, *a contrario* ; Civ. 3, 10 mars 2015, n° 14-10339 ; Civ. 3, 10 mars 2015, n° 14-10341 ; *Loyers et copr.* 2015, *comm.* 94, note Ph.-H. Brault ; *Gaz. Pal.* 12 et 14 avril 2015, p. 27, note J.-D. Barbier).

<sup>3</sup> Cette disposition a emporté transfert du contentieux actuellement dévolu aux tribunaux des affaires de sécurité sociale à certains tribunaux judiciaires. Aux termes des articles L. 218-1 et suiv. du Code de l'organisation judiciaire, le tribunal judiciaire connaît du contentieux de la sécurité sociale dans une formation échevinale, semblable à celle que le tribunal des affaires de sécurité sociale avait. En effet, la formation est composée d'un magistrat du tribunal judiciaire et de deux assesseurs, représentant les travailleurs salariés, pour le premier, et les employeurs et les travailleurs indépendants, pour le second. La procédure demeure orale, sans ministère d'avocat obligatoire (article L. 142-9 du Code de la sécurité sociale), bien qu'elle se déroule dorénavant devant le tribunal judiciaire. Les grandes difficultés de fonctionnement que les tribunaux des affaires de sécurité sociale, submergés de litiges, ont

Dans les matières où le tribunal judiciaire a compétence exclusive, la procédure est toujours écrite, avec ministère d'avocat obligatoire, quel que soit le montant sur lequel la demande porte (article 761, alinéa 5, du Code de procédure civile), ce montant n'excéderait-il pas 10 000 €, par conséquent.

### C. Le tribunal judiciaire, juridiction à juge unique en diverses matières civiles<sup>1</sup>

Le tribunal judiciaire statue en principe en formation collégiale, sous réserve des exceptions « *tenant à l'objet du litige ou à la nature des questions à juger* » (article L. 212-1 du Code de l'organisation judiciaire).

Dans des cas devenus nombreux, le tribunal judiciaire statue néanmoins à juge unique, par dérogation à ce principe, au point qu'il est permis de se demander si ces exceptions n'ont pas finalement emporté le principe. On évoquera ces cas, avant de parler brièvement des différents juges uniques *ad hoc* dépendant du tribunal judiciaire.

#### 1. Hypothèses où le tribunal judiciaire statue à juge unique

Deux hypothèses sont à distinguer.

##### a. Tribunal judiciaire statuant à juge unique sur décision préalable

Cette décision peut être prise « *en toute matière* » par le président du tribunal ou son délégué (article R. 212-9 du Code de l'organisation judiciaire).

Toutefois « *le renvoi à la formation collégiale peut être décidé, d'office ou à la demande de l'une des parties, dans les cas prévus par décret en Conseil d'Etat* » (articles L. 212-2, alinéa 1er et R. 212-9 du Code de de l'organisation judiciaire). « *Cette décision constitue une mesure d'administration judiciaire qui n'est pas susceptible de recours* » (mêmes textes).

En outre, « *les dispositions du présent article ne sont pas applicables en matières disciplinaires ou relatives à l'état des personnes, sous réserve des dispositions particulières aux matières de la compétence du juge aux affaires familiales* » (article L. 212-2, alinéa 2, du Code de l'organisation judiciaire).

##### b. Tribunal judiciaire statuant à juge unique de plein droit

C'est le cas dans un assez grand nombre de matières.

Ainsi le tribunal judiciaire connaît à juge unique (article R. 212-8 du Code de l'organisation judiciaire) :

- « *Des litiges auxquels peuvent donner lieu les accidents de la circulation terrestre* »,
- « *Des demandes en reconnaissance et en exequatur des décisions judiciaires et actes publics étrangers ainsi que des sentences arbitrales françaises ou étrangères* »,
- « *Des ventes de biens de mineurs et de celles qui leur sont assimilées* »,
- « *Des mesures de traitement des situations de surendettement des particuliers* »
- « *Des fonctions de tribunal de l'exécution* »...

En raison de la disparition du tribunal d'instance depuis le 1er janvier 2020, le tribunal judiciaire connaît, en outre, à juge unique, d'un grand nombre d'autres matières qui était naguère de la compétence de cette juridiction supprimée (article R. 212-8, 12° et 19°) :

- d'une part, « *Des actions patrimoniales, en matière civile et commerciale, jusqu'à la valeur de 10.000 euros et des demandes indéterminées qui ont pour origine l'exécution d'une obligation dont le montant n'excède pas 10.000 euros* » ;
- d'autre part, « *Des matières, dont la liste est fixée par décret, relevant de la compétence des chambres de proximité* ».

---

rencontrées, est à l'origine de la décision du législateur de transférer le contentieux à certains tribunaux de grande instance, devenus tribunaux judiciaires. On ne voit pas très bien en quoi cette réforme améliorera les choses, toutefois...

<sup>1</sup> R. Perrot « Le juge unique en droit français », *RIDC* 1977, p. 659 et suiv.

Ces actions et matières relevait effectivement de la compétence du tribunal d'instance jusqu'au 31 décembre 2019. Or le tribunal d'instance statuait à juge unique. Si, avec la suppression du tribunal d'instance, ces actions et matières relèvent désormais de la compétence du tribunal judiciaire, celui-ci en connaît donc à juge unique, comme le faisait naguère le tribunal d'instance.

Néanmoins l'article R. 212-8, *in fine*, du Code de l'organisation judiciaire précise, là encore, que « *Le juge peut toujours, d'office ou à la demande des parties, renvoyer une affaire en l'état à la formation collégiale. Cette décision est une mesure d'administration judiciaire.* »

## 2. Juges uniques ad hoc exerçant leurs fonctions au sein du tribunal judiciaire

Le tribunal judiciaire comprend un certain nombre de juges uniques *ad hoc* :

- juge aux affaires familiales (articles L. 213-3 à L. 213-4 du Code de l'organisation judiciaire)
- juge des contentieux de la protection (articles L. 213-4-1 à L. 213-4-8 du Code de l'organisation judiciaire)
- juge des enfants (articles L. 252-1 et suivants du Code de l'organisation judiciaire)
- juge de l'expropriation
- président du tribunal judiciaire, doté d'attributions propres

### a. Le juge aux affaires familiales

Il détient de nombreux chefs de compétence, énumérés par les articles L. 213-3 et L. 213-3-1 du Code de l'organisation judiciaire. Sa compétence a en effet été élargie par une loi 2009-526 du 12 mai 2009 :

- demandes relatives au fonctionnement des régimes matrimoniaux et des indivisions entre personnes liées par un pacte civil de solidarité ou entre concubins, séparation de biens judiciaire.
- divorce, séparation de corps et leurs conséquences, liquidation et partage des intérêts patrimoniaux des époux, des personnes liées par un pacte civil de solidarité et des concubins, sauf en cas de décès ou de déclaration d'absence.
- actions liées à la fixation de l'obligation alimentaire, de la contribution aux charges du mariage ou du pacte civil de solidarité ou de la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants ; à l'exercice de l'autorité parentale ; à la révision de la prestation compensatoire ou de ses modalités de paiement ; au changement de prénom auquel le procureur de la République s'oppose (article 1055-2 du Code de procédure civile).
- Juge de tutelle des mineurs, connaissant, à ce titre, de l'émancipation, de l'administration légale et de la tutelle des mineurs, de la tutelle des pupilles de la nation.

Le juge unique peut toujours renvoyer l'affaire à la formation collégiale du tribunal, laquelle statuera alors comme juge aux affaires familiales. La formation collégiale comprend alors le juge qui a demandé le renvoi (article L. 213-4, alinéa 1 et 3, du Code de l'organisation judiciaire).

Le renvoi est de droit à la demande des parties en matière de divorce et de séparation de corps (article L. 213-4, alinéa 2, du Code de l'organisation judiciaire).

### b. Le juge des enfants

Il a une compétence pénale de principe pour l'instruction et le jugement des contraventions et les délits commis par des enfants et adolescents. Mais il est aussi juge civil, compétent en matière d'assistance éducative (article L. 252-2 du Code de l'organisation judiciaire, article 375-1 du Code civil et article 1181 du Code de procédure civile), notamment.

### c. La juridiction de l'expropriation

Un juge de l'expropriation (article L. 13-1 du Code de l'expropriation) est désigné, pour chaque département, par le premier président de la cour d'appel, parmi les magistrats du siège appartenant au tribunal judiciaire près duquel siège cette juridiction. Il constitue à lui seul la juridiction de l'expropriation (article R. 13-1 du Code de l'expropriation).

### d. Le juge des contentieux de la protection

On évoquera son statut, puis ses attributions et la procédure applicable devant lui.

#### α) Statut du juge des contentieux de la protection

Au sein du tribunal judiciaire, un ou plusieurs magistrats exercent les fonctions de juge des

contentieux de la protection (article L. 213-4-1 du Code de l'organisation judiciaire).

Ajoutant un article 41-10 à l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 relative au statut de la magistrature, la loi organique n° 2019-221 du 23 mars 2019 relative au renforcement de l'organisation des juridictions autorise les magistrats exerçant à titre temporaire à assumer ces fonctions<sup>1</sup> :

*« peuvent être nommées magistrats exerçant à titre temporaire, pour exercer des fonctions de juge des contentieux de la protection, d'assesseur dans les formations collégiales des tribunaux judiciaires, de juge du tribunal de police ou de juge chargé de valider les compositions pénales, les personnes âgées d'au moins trente-cinq ans que leur compétence et leur expérience qualifient particulièrement pour exercer ces fonctions ».*

Ces dispositions ne sont guère rassurantes, car les critères de recrutement de ces magistrats exerçant à titre temporaire sont flous, alors que le juge des contentieux de la protection statue seul et dispose de pouvoirs judiciaires importants. L'expérience des juges consulaires est pourtant là pour rappeler combien un manque de qualifications juridiques peut conduire à une piètre administration de la justice.

Les juges des contentieux de la protection exercent leurs compétences dans le ressort des tribunaux judiciaires ou, le cas échéant, des chambres de proximité dont ils relèvent (article R. 213-9-6, alinéa 1er, du Code de l'organisation judiciaire).

#### β) Attributions du juge des contentieux de la protection

Le juge des contentieux de la protection connaît des contentieux énumérés aux articles L. 213-4-2 et suivants du Code de l'organisation judiciaire<sup>2</sup>. Outre les fonctions de juge des tutelles des majeurs (article L. 213-4-2 du Code de l'organisation judiciaire), il est ainsi, en particulier, investi d'un ensemble de compétences anciennement dévolues au juge d'instance (articles L. 213-4-3 à L. 213-4-7 du Code de l'organisation judiciaire) :

- actions tendant à l'expulsion des personnes qui occupent aux fins d'habitation des immeubles bâtis sans droit ni titre (article L. 213-4-3) ;
- actions dont un contrat de louage d'immeubles à usage d'habitation ou un contrat portant sur l'occupation d'un logement est l'objet, la cause ou l'occasion ou un contrat sur l'occupation d'un logement (article L. 213-4-4) ;
- litiges en matière de crédit à la consommation (article L. 213-4-5) ;
- actions relatives à l'inscription ou de la radiation sur le fichier national des incidents de paiement liés aux crédits (article L. 213-4-6) ;
- situations de surendettement des particuliers et procédure de rétablissement personnel (articles L. 213-4-7).

Dans les limites de sa compétence, le juge des contentieux de la protection dispose de certaines des fonctions juridictionnelles propres, comme le président du tribunal judiciaire<sup>3</sup>. En effet, il a le pouvoir de rendre des ordonnances sur requête (articles 845 et 846 du Code de procédure civile) et il est juge des référés (articles 834 et suivants du Code de procédure civile).

Le juge des contentieux de la protection a également le pouvoir d'ordonner des injonctions de payer (article 1406 du Code de procédure civile) et des injonctions de faire (article 1425-1 du Code de procédure civile).

#### γ) Procédure applicable devant le juge des contentieux de la protection

La représentation par avocat n'est jamais obligatoire devant le juge de la protection. En effet, aux termes de l'article 761 du Code de procédure civile :

*« les parties sont dispensées de constituer avocat dans les cas prévus par la loi ou le règlement et dans les*

<sup>1</sup> Le Conseil constitutionnel a déclaré cette disposition conforme à la constitution avec des réserves : Cons. const, 21 mars 2019, n° 2019-779 QPC.

<sup>2</sup> Cf. *supra* : A. « Le tribunal judiciaire, juridiction de droit commun en matière civile » 2. « Portée du caractère de juridiction de droit commun du tribunal judiciaire » b. « Présence éventuelle de chambres de proximité au sein du tribunal judiciaire », α) « Les contentieux de la protection ».

<sup>3</sup> Cf. *infra* : e. « Le président du tribunal judiciaire », α) « Ordonnances sur requête » et β) « Ordonnance de référé ».

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Panthéon-Assas  
Licence droit 3ème année Melun 2023-2024

*cas suivants : 1° Dans les matières relevant de la compétence du juge des contentieux de la protection[...] »*

Il en résulte que la procédure suivie devant lui est, en principe, orale, et non pas écrite (article 817 du Code de procédure civile).

Le juge des contentieux de la protection peut renvoyer le litige dont il est saisi à la formation collégiale du tribunal judiciaire, qui statue comme juge des contentieux de la protection. La formation collégiale comprend le juge qui a ordonné le renvoi (article L. 213-4-8 du Code de l'organisation judiciaire).

e. Le président du tribunal judiciaire

Non seulement le président du tribunal judiciaire exerce les fonctions habituelles de tout juge, en présidant d'ailleurs la chambre dont il fait partie, généralement la première, mais encore il est investi de fonctions juridictionnelles qui lui sont propres.

Ces fonctions juridictionnelles propres sont très importantes en pratique. Comme elles sont variées et absorbantes, dans les grands tribunaux, elles sont très souvent déléguées à un vice-président ou même à un simple juge, comme le Code de l'organisation judiciaire le permet.

Le président du tribunal judiciaire ou son délégué :

- rend des ordonnances sur requête
- est juge des référés
- est juge de l'exécution.

α) Ordonnances sur requête

Ce sont des ordonnances rendues à la requête unilatérale d'une partie, fondée à ne pas appeler de partie adverse en la cause (article 493 du Code de procédure civile)<sup>1</sup>.

Normalement, en effet, le respect du principe de la contradiction (article 16 du Code de procédure civile) ou, ce qui revient au même, des droits de la défense, exige que chaque partie à un litige puisse discuter, contredire les arguments invoqués à son encontre par la partie adverse. Le défendeur doit donc être informé qu'une procédure est engagée à son encontre : si elle l'était à son insu, il ne pourrait faire valoir ses moyens de défense.

Il arrive cependant exceptionnellement qu'il y ait nécessité de ne pas appeler l'adversaire, soit parce qu'on ne veut pas qu'il soit présent<sup>2</sup>, soit parce qu'on ne peut pas l'identifier. Sur simple requête unilatérale d'un intéressé (article 846 du Code de procédure civile), le président du tribunal judiciaire ou, dans les limites de sa compétence, le juge des contentieux de la protection près le même tribunal peut prescrire de telles mesures (article 845 du Code de procédure civile) :

- soit lorsque la loi le prévoit,
- soit lorsque la mesure est urgente et que les circonstances exigent qu'elle ne soit pas prise contradictoirement, par exemple désignation d'un huissier aux fins de procéder à un constat d'adultère.

β) Ordonnances de référé

Elles sont prévues par les articles 484 à 492, 834 à 838 du nouveau Code de procédure civile. Le président du tribunal judiciaire ou, dans les limites de sa compétence, le juge des contentieux de la protection près ce tribunal est juge des référés. Cette fonction est très importante, car le référé a pris, ces trente dernières années, un essor considérable.

<sup>1</sup> Cf. *infra* : 2ème partie « L'instance », titre I « Cadre juridique de l'instance », chap. II « Principes directeurs du procès », section 3 « Principe de la contradiction » et titre II « Déroulement de l'instance », chap. I « Procédure devant le tribunal judiciaire », section 2 « Procédures spéciales », § 2 « Procédures devant le président du tribunal judiciaire ou le juge des contentieux de la protection ».

<sup>2</sup> A défaut d'une telle volonté du demandeur, l'ordonnance rendue ne peut être qualifiée d'ordonnance sur requête au sens de l'article 493 du Code de procédure civile et être frappée d'un recours en rétractation en application de l'article 496 du même code, quand bien même les autres parties susceptibles d'être affectées par la mesure sollicitée n'auraient été ni appelées ni entendues (Civ. 2, 27 juin 2019, n° 18-12194 (P) ; *Dalloz actualité* 31 juillet 2019, obs. M. Kebir).

Le juge des référés a pour mission de prendre rapidement une mesure provisoire, la plupart du temps en raison de l'urgence d'une situation, comme le prévoit l'article 484 du nouveau Code de procédure civile. En ce cas, il est possible de saisir le président du tribunal judiciaire, qui statuera immédiatement au moyen d'une ordonnance de référé<sup>1</sup>. La mesure est provisoire, car elle pour but de parer au plus pressé.

Ex. Situation d'atteinte imminente à la vie privée, interdiction de publication d'un livre sur le point de paraître, accompagnée de la saisie en tous lieux des exemplaires non encore diffusés<sup>2</sup>.

Ex. Atteinte à la vie privée déjà matérialisée, saisie en tous lieux des exemplaires encore invendus du livre ou du magazine.

### χ) Juge de l'exécution

A ce titre, notamment, le juge de l'exécution connaît notamment des contestations relatives à l'exécution forcée des décisions de justice même si elles portent sur le fond du droit et il autorise les mesures conservatoires, selon l'article L. 213-6 du Code de l'organisation judiciaire. Il connaît encore des saisies immobilières et des saisies des rémunérations (même texte). Il connaît enfin des demandes en réparation fondées sur l'exécution ou l'inexécution dommageables des mesures d'exécution forcée ou des mesures conservatoires (même texte)

L'article R. 121-1, alinéa 2, du Code des procédures civiles d'exécution précise l'étendue des pouvoirs du juge de l'exécution. Malgré l'interdiction que ce texte lui fait, de porter atteinte à l'autorité de la chose jugée attachée à la décision dont l'exécution forcée est poursuivie, le juge de l'exécution dispose de pouvoirs assez considérables, notamment en raison du pouvoir que l'article L. 213-6 lui reconnaît, de trancher les contestations portant sur le fond du droit<sup>3</sup>.

Or, selon l'article L. 213-5, alinéa 1er, du Code de l'organisation judiciaire, « *Les fonctions de juge de l'exécution sont exercées par le président du tribunal judiciaire. Le président peut néanmoins déléguer ses fonctions à un ou plusieurs juges du tribunal judiciaire, selon l'alinéa 2 du même article.*

Le législateur a ainsi opté pour la concentration des compétences dans le contentieux de l'exécution, plutôt que d'abandonner à chaque juridiction la connaissance du contentieux de l'exécution des jugements et autres titres exécutoires relevant de sa compétence matérielle<sup>4</sup>.

## § 2 Compétence matérielle de la cour d'appel

La Cour d'appel est :

- juridiction du second degré de droit commun disposant, à ce titre, d'une plénitude de juridiction et recevant, en outre, des compétences spéciales
- Juridiction parfois compétente en premier et dernier ressort
- Juridiction statuant parfois à juge unique

### A. Juridiction du second degré de droit commun

<sup>1</sup> Cf. *infra* : 2ème partie « L'instance », titre II « Déroulement de l'instance », chap. I « Procédure devant le tribunal judiciaire », section 2 « Procédures spéciales », § 2 « Procédures devant le président du tribunal judiciaire ou le juge des contentieux de la protection ».

<sup>2</sup> Cf. par ex. Civ. 1, 9 juillet 2003, B. I, n° 172.

<sup>3</sup> Cf. Civ. 2, 18 juin 2009, n° 08-10843, B. II, n° 165 ; D. 2009, 1768, obs. V. Avena-Robardet ; *ibid.* 2525, obs. J.-J. Ansault ; *ibid.* 2010, 1307, obs. A. Leborgne ; JCP 2009, n° 48, 492, p. 44, obs. Ph. Simler ; RTD civ. 2009, 577, obs. R. Perrot ; Rev. huissiers 2009, 281, obs. Ch. Lefort ; Banque et droit 2009, n° 126, p. 41, obs. N. Rontchevsky ; Defrénois 2009, p. 2090, obs. P. Théry ; *ibid.*, p. 2344, obs. R. Libchaber : le juge de l'exécution peut se prononcer sur la nullité d'un engagement résultant d'un acte notarié exécutoire invoquée pour absence prétendue de l'une des conditions requises par la loi pour la validité de sa formation ; Civ. 2, 5 juin 2014, n° 13-16053, B. II, n° 127 ; D. 2014, 1284 : le juge de l'exécution peut statuer sur la demande de modération d'une clause pénale (ancien article 1152, alinéa 2, nouvel article 1231-5, alinéa 2 du Code civil) contenue dans l'acte notarié fondant les poursuites ; Civ. 2, 28 septembre 2017, n° 16-19184, B. II, n° 190 ; D. 2018, 692, obs. N. Fricero ; *ibid.* 1223, obs. A. Leborgne ; RTD civ. 2018, 220, obs. N. Cayrol ; RD. banc. fin. 2017, comm. 262, obs. S. Piédelièvre : le juge de l'exécution a le pouvoir de se prononcer sur la validité d'une transaction judiciairement homologuée.

<sup>4</sup> Cadiet et Jeuland, *op. cit.*, n° 137.

Depuis la réforme issue de l'ordonnance n° 58-1273 du 22 décembre 1958, les cours d'appel sont les seules juridictions du second degré. Désormais, quelle que soit la juridiction de première instance dont émane le jugement frappé d'appel et quelle que soit, par conséquent, la matière du litige, la juridiction du second degré est donc toujours, et dans tous les cas, la cour d'appel, ainsi que cela résulte des articles L. 311-1, alinéa 1<sup>er</sup>, et R. 211-1 du Code de l'organisation judiciaire.

## B. Juridiction en premier et dernier ressort

Il en va ainsi dans des matières spécifiques ou, plus généralement, lorsque la cour d'appel fait usage de son pouvoir d'évocation.

### 1. Juridiction en premier et dernier ressort dans des matières spécifiques

C'est le cas notamment dans les matières suivantes :

- demande de récusation ou de renvoi des juges de première instance ;
- contentieux électoraux intéressant des institutions judiciaires ou des organismes professionnels des professions judiciaires

### 2. Usage par la cour d'appel de son pouvoir d'évocation

Ce pouvoir d'évocation existe en matière de compétence<sup>1</sup> (article 88 du Code de procédure civile) et dans la procédure d'appel de droit commun<sup>2</sup> (article 568 du Code de procédure civile).

## C. Juridiction statuant à juge unique

En effet, le président de la cour d'appel est investi de pouvoirs juridictionnels propres. Pendant longtemps, il en fut dépourvu, à la différence du président du tribunal de grande instance. Cependant une réforme datant de 1973 l'a doté de telles attributions. Il statue tantôt en premier et dernier ressort, tantôt comme juge d'appel<sup>3</sup>.

### 1. Le premier président de la cour d'appel, juge en premier et dernier ressort

Il peut désormais prendre toutes les mesures urgentes qui s'imposent, soit par ordonnance de référé (articles L. 311-7-1 du Code de l'organisation judiciaire et 956 du Code de procédure civile), soit par ordonnance sur requête unilatérale d'une partie si les circonstances exigent que la mesure ne soit prise contradictoirement (article 958 du Code de procédure civile). Il statue alors bien en premier et dernier ressort<sup>4</sup>. Notamment :

- le premier président de la cour d'appel peut ordonner l'arrêt de l'exécution provisoire du jugement entrepris, lorsqu'il existe un moyen sérieux d'annulation ou de réformation et qu'elle risque d'entraîner des conséquences manifestement excessives, selon les articles 514-3 et 517-1 du Code de procédure civile<sup>5</sup>. Il peut inversement rétablir l'exécution provisoire de droit que la juridiction de première instance avait exceptionnellement écartée, à condition qu'il y ait urgence, que ce rétablissement soit compatible avec la nature de l'affaire et qu'il ne risque pas d'entraîner des conséquences manifestement excessives (article 514-4 du Code de procédure civile).

Le premier président statue alors en référé, par une décision non susceptible de pourvoi en cassation, comme les articles 514-6 et 517-4 du Code de procédure civile le précisent.

- Le premier président de la cour d'appel est également compétent pour ordonner le sursis à exécution des décisions prises par le juge de l'exécution, selon l'article R. 121-22 du Code des procédures civiles d'exécution, bien que l'exécution provisoire de ces décisions soit de droit. Ce sursis à exécution n'est accordé que s'il existe des moyens sérieux d'annulation ou de réformation de la

<sup>1</sup> Article 89 du Code de procédure civile. Cf. *infra* : section 3 « Règlement des incidents de compétence »,

<sup>2</sup> Article 568 du Code de procédure civile. Cf. *infra* : 3ème partie « Le dénouement du procès », titre II « Les voies de recours », chap. I « Les voies de recours ordinaires », section 1 « L'appel », § 3 « Effets de l'appel », C. « Faculté d'évocation ».

<sup>3</sup> Cadiet et Jeuland, *op. cit.*, n° 141-142.

<sup>4</sup> Cadiet et Jeuland, *op. cit.*, n° 141.

<sup>5</sup> Cf. *infra* : 3ème partie « Le dénouement du procès », titre I « Le jugement », chap. IV « Effets du jugement », section 3 « Force exécutoire », § 2 « L'exécution provisoire », B. « Effets de l'exécution provisoire », 2. « Arrêt de l'exécution provisoire ».



décision déferée à la cour, d'après le même texte<sup>1</sup>.

Remarque : l'appel d'une ordonnance de référé rendue par le président d'une juridiction de première instance – président du tribunal judiciaire, notamment – est portée devant la cour elle-même, statuant en formation collégiale, et non devant le premier président de la cour d'appel<sup>2</sup>. De même d'ailleurs pour l'appel d'une ordonnance du juge de l'exécution.

## 2. Le premier président de la cour d'appel, juge du second degré

Il est parfois juridiction d'appel par rapport à des décisions de première instance rendue dans des contentieux spécifiques, notamment dans les cas suivants :

- Recours formé contre les décisions des présidents des juridictions de première instance, relativement aux dépens, frais, émoluments et débours non compris dans les dépens, ainsi qu'à la rémunération des techniciens (articles 714 à 725 du Code de procédure civile).
- Recours contre les décisions du bâtonnier de l'ordre des avocats en matière de contestations d'honoraires (articles 176 et 177 du décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991 organisant la profession d'avocat)<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Conformément à la règle *specialia generalibus derogant*, l'article 514-3 du Code de procédure civile précité est alors inapplicable. Aussi appartient-il au premier président de la cour d'appel d'apprécier uniquement le sérieux des moyens invoqués à l'appui de la demande de sursis, sans s'attacher à la gravité des conséquences que la poursuite de l'exécution entraînerait pour le débiteur (Civ. 2, 20 décembre 2001, *B. II*, n° 201 ; Cadiet et Jeuland, *op. cit.*, n° 838).

<sup>2</sup> *Cf. infra* : 2ème partie « L'instance », titre I « Cadre juridique de l'instance », chap. II « Principes directeurs du procès », section 3 « Principe de la contradiction » et titre II « Déroulement de l'instance », chap. I « La procédure devant le tribunal judiciaire », section 2 « Procédures spéciales », § 2 « Procédures devant le président du tribunal judiciaire ou le juge des contentieux de la protection ».

<sup>3</sup> Il en va cependant uniquement ainsi lorsque le litige oppose un avocat à son client. En effet, la procédure des articles 174 et suiv. du décret du 27 novembre 1991 étant inapplicable entre avocats, la cour d'appel en formation collégiale, et non son premier président, est compétente pour connaître alors du recours contre une décision du bâtonnier (Civ. 2, 10 juin 2010, *B. II*, n° 110).

## ANNEXE

### DETERMINATION DE LA COMPETENCE D'ATTRIBUTION SELON LA VALEUR

#### DU LITIGE DANS LE DROIT APPLICABLE JUSQU'AU 31 DECEMBRE 2019

#### Section 1 : détermination de la compétence d'attribution

La compétence d'attribution dépend, on l'a vu, à la fois du montant du litige et de la matière sur laquelle il porte.

#### § 1 Compétence d'attribution selon la valeur du litige

Le législateur a mis en place un taux de compétence, dont la mise en œuvre appelle des précisions.

##### A. Existence d'un taux de compétence

Dans certaines matières, où la compétence *ratione materiae* est partagée entre plusieurs sortes de juridictions, le taux de compétence sert à déterminer celle qui est spécialement compétente, en fonction du montant du litige.

Ce taux de compétence ne doit pas être confondu avec le taux du ressort, dont la fonction est différente, puisqu'il s'agit du chiffre en deçà duquel l'appel est exclu : l'article 34 du Code de procédure civile prend soin de les distinguer. En effet, le critère de distinction entre les affaires jugées en premier et dernier ressort et les affaires jugées à charge d'appel gît également dans la valeur du litige, c'est-à-dire le montant de la demande. Plusieurs fois revalorisé, ce chiffre s'élève, depuis 2005, à 4.000 € (articles R. 221-4, alinéa 2, et R. 221-37 du Code de l'organisation judiciaire, notamment).

Le taux de compétence permet de déterminer quelle juridiction de première instance est spécialement compétente pour connaître d'un litige relevant, par sa nature, de plusieurs juridictions de ce degré. Il est concrètement utilisé pour attribuer la connaissance d'un litige civil *stricto sensu* soit au tribunal de grande instance, soit au tribunal d'instance, selon le montant de la demande (*cf.* not. articles L. 211-3 et L. 221-1 du Code de l'organisation judiciaire).

Remarque : le taux de compétence n'intervient que si les deux juridictions précitées ont une vocation concurrente à connaître du litige en raison de sa nature. Si, en effet, soit de l'une de ces deux juridictions, soit une autre juridiction civile *lato sensu* est spécialement compétente à raison de la matière du litige, la connaissance lui en sera dévolue quel que soit le montant de la demande. Le taux de compétence ne joue alors aucun rôle dans la détermination de la juridiction compétente.

Ex. compétence du tribunal d'instance pour connaître des litiges locatifs dérivant d'un bail à usage d'habitation (article R. 221-38 du Code de l'organisation judiciaire). Peu importe le montant de la demande, dans cette hypothèse.

Ex. compétence exclusive du conseil de prud'hommes pour connaître des litiges d'ordre individuel nés à l'occasion d'un contrat de travail (articles L. 1411-1 et L. 1411-4 du Code du travail).

#### 1. Demandes d'un montant inférieur ou égal à 10.000 €

Elles relèvent en principe de la compétence du tribunal d'instance (article L. 221-4 du Code de l'organisation judiciaire) :

*« Sous réserve des dispositions législatives ou réglementaires fixant la compétence particulière des autres juridictions, le tribunal d'instance connaît, en matière civile, de toutes actions personnelles ou mobilières jusqu'à la valeur de 10 000 euros. Il connaît aussi des demandes indéterminées qui ont pour origine l'exécution d'une obligation dont le montant n'excède pas 10.000 euros. »*

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Panthéon-Assas  
Licence droit 3ème année Melun 2023-2024

Les demandes d'un montant inférieur ou égal à 4 000 € relevaient naguère de la compétence de la juridiction de proximité. Mais la loi organique n° 2016-1090 ayant supprimé la juridiction de proximité, le tribunal d'instance connaît désormais de toutes les demandes inférieures ou égales à 10 000 €, sauf si une autre juridiction a reçu compétence à cet effet à raison de la matière. On en revient ainsi à la situation qui prévalait avant qu'une loi du 9 septembre 2002 ait, bien inutilement, compliqué l'organisation judiciaire française en créant une juridiction de proximité, sorte de clone du tribunal d'instance présidé par un magistrat non professionnel, compétent pour les petits litiges portant sur un montant inférieur ou égal à 4 000 €.

Mettant en œuvre une promesse faite pendant la campagne présidentielle de 2002, la loi du 9 septembre 2002 avait en effet institué les juridictions de proximité, composées de juges non professionnels et compétentes pour juger les petits litiges civils, portant sur une somme inférieure à 4.000 €, ainsi que certaines contraventions de police<sup>1</sup>.

Comme son nom l'indique, la juridiction de proximité se voulait une juridiction moins solennelle et plus accessible aux justiciables, sinon géographiquement, du moins psychologiquement.

Le juge de proximité n'était pas un juge professionnel : son recrutement s'effectuait soit parmi les anciens magistrats de l'ordre judiciaire ou juges administratifs, soit parmi les membres de la société civile que leur compétence et leur expérience professionnelle qualifiaient particulièrement à l'exercice de fonctions juridictionnelles – par exemple avocat ou notaire, même en exercice.

A cette réserve près, l'organisation et le fonctionnement de la juridiction de proximité furent calquées sur celles du tribunal d'instance. En pratique, le siège et le ressort territorial des juridictions de proximité coïncidaient avec celui des tribunaux d'instance (tableau V bis annexé au Code de l'organisation judiciaire). Le tribunal d'instance et le juge de proximité avaient le même greffe et la juridiction de proximité était placée sous la tutelle d'un magistrat du tribunal d'instance. En bref, la juridiction de proximité ne coupa jamais le cordon ombilical qui la liait au tribunal d'instance.

L'institution des juridictions de proximité eut pour inconvénient majeur de compliquer encore l'organisation judiciaire française, sans que la réforme eût entraîné les avantages qui en étaient attendus, à savoir une amélioration sensible de l'efficacité de la justice. En effet, cette réforme dédoublait en fait artificiellement des juridictions investies d'une mission identique, juger les petits litiges civils. Mieux aurait valu, comme les professionnels du droit l'avaient conseillé en son temps, renforcer les moyens en effectifs et matériels des tribunaux d'instance pour leur permettre de faire face à leurs missions, plutôt que de créer un clone du tribunal d'instance pour les tout petits litiges civils.

Cette réforme échoua, le nombre de juridictions de proximité instituées ayant été très en deçà des prévisions du législateur. Aussi une loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 « relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles », supprima-t-elle les juridictions de proximité et rattacha-t-elle les juges de proximité aux tribunaux de police et aux tribunaux de grande instance. Sauf exception, ces juges ne connaîtront donc plus du contentieux civil, ils pourront uniquement siéger dans les audiences pénales correctionnelles en qualité d'assesseurs et tenir les audiences du tribunal de police concernant les contraventions des quatre premières classes.

Le tribunal d'instance a donc recueilli les compétences naguère dévolues à la juridiction de proximité. On en revient ainsi au système qui existait avant que la loi de 2002 ne crée ces juridictions de proximité, en compliquant, il faut le bien le dire inutilement, l'organisation juridictionnelle française. Toutefois, pour des raisons essentiellement budgétaires, la suppression des juridictions de proximité n'est finalement intervenue qu'au 1er juillet 2017.

Cela étant, il n'est pas inutile de préciser le sens de l'article L. 221-4, car il ne brille pas par sa clarté.

a. Actions personnelles ou mobilières jusqu'à la valeur de 10.000 €

L'expression « *personnelles ou mobilières* » est très large, car plupart des actions en justice sont soit personnelles, soit mobilières – le chef de compétence est alternatif et non pas cumulatif. Le tribunal d'instance est donc, en gros, compétent jusqu'à 10.000 €, sauf pour quelques rares actions dont la connaissance a été spécialement attribuée à une autre juridiction par des dispositions législatives ou réglementaires (article L. 221-4 du Code de l'organisation judiciaire, combiné avec les textes déterminant la compétence d'attribution du tribunal de grande instance, notamment).

b. Demandes indéterminées ayant pour origine l'exécution d'une obligation dont le montant n'excède pas 10.000 €

En pratique, sont visées les actions en nullité ou en résolution d'un contrat – par exemple la vente d'un véhicule affecté d'un vice caché – dont le prix n'excède pas 10.000 €.

2. Demandes d'un montant supérieur à 10.000 €

<sup>1</sup> R. Perrot « La justice de proximité », in : *Mélanges G. Tarzia*, Milan : Guffrè éd. 2005, t. I, p. 163 et suiv.

C'est le tribunal de grande instance qui est compétent. Il l'est à charge d'appel, puisqu'il reçoit compétence à raison du montant d'une demande supérieure, par hypothèse, au taux du ressort.

Sans doute les textes ne le disent-ils pas expressément. Mais, étant donné qu'il est la juridiction de droit commun en première instance, le tribunal de grande instance a vocation à connaître de tous les litiges dont la compétence n'est pas attribuée spécialement à une autre juridiction (article L. 211-3 du Code de l'organisation judiciaire) :

*« Le tribunal de grande instance connaît de toutes les affaires civiles et commerciales pour lesquelles compétence n'est pas attribuée, en raison de leur nature ou du montant de la demande, à une autre juridiction. »*

Or le tribunal d'instance ne peut légalement connaître des demandes supérieures à 10 000 €, sauf dans les hypothèses où la loi lui attribue spécialement compétence à raison de la matière du litige. Hormis dans ces hypothèses, le tribunal de grande instance est donc bien compétent.

## B. Mise en œuvre du taux de compétence (et du taux du ressort)

C'est le montant de la demande, et non celui de la condamnation prononcée, qu'il convient de prendre en compte pour la détermination de la compétence d'attribution, comme l'indique l'article 34 du Code de procédure civile<sup>1</sup>. Dans le cas contraire, en effet, le juge pourrait modifier à son gré le taux de compétence ou le taux du ressort<sup>2</sup>, pour se déclarer, ou non, compétent ou pour rendre, ou non, sa décision susceptible d'appel.

Cela dit, l'évaluation de ce montant soulève diverses difficultés, qu'il convient d'examiner en distinguant selon que la demande est unique ou qu'il y a plusieurs demandes.

### 1. Évaluation du litige en présence d'une demande unique

On envisagera successivement l'hypothèse d'une demande d'un montant déterminé et celle d'une demande indéterminée.

#### a. Demande déterminée dans son montant

Le montant à prendre en considération est celui du montant de la demande exprimée en principal dans les dernières conclusions du demandeur<sup>3</sup>. Dans les procédures orales, à défaut d'écritures des parties, on prendra en compte le montant dont le plumeur d'audience, enregistrant les prétentions des parties, aura fait état<sup>4</sup>.

La notion de montant de la demande inclut :

- le capital,
- augmenté des fruits et des dommages et des intérêts échus au jour de l'introduction de l'instance.

Elle exclut en revanche :

- les intérêts échus au cours du procès, afin que la compétence ou la faculté de faire appel ne dépende pas de la durée du procès ;
- les frais de justice, dépens ou frais irrépétibles de l'article 700 du Code de procédure civile<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Cf. Civ. 26 juillet 1882, *D.P.* 83, 1, 342 ; Civ. 2, 5 janvier 1967, *B.* II, n° 1 : ces décisions ont été rendues à propos du taux du ressort, mais la solution doit être étendue par analogie au taux de compétence.

<sup>2</sup> Chainais et *alii*, *Procédure civile*, n° 1500.

<sup>3</sup> Civ. 2, 5 janvier 1967, *préc.*, à propos du taux du ressort : « le taux de ressort doit être apprécié d'après la demande telle qu'elle résulte des dernières conclusions » ; dans le même sens : Civ. 2, 5 mai 1967, *B.* II, n° 169 ; Civ. 3, 15 juin 1977, *B.* III, n° 259, décisions toutes deux rendues également à propos du taux du ressort.

<sup>4</sup> Chainais et *alii*, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>5</sup> Civ. 2, 2 octobre 1981, *B.* II, n° 177, à propos du taux du ressort : « la demande formée au titre de l'article 700 du nouveau Code de procédure civile ne constitue pas une prétention dont la valeur doit être prise en compte pour la détermination du taux du ressort ».

### b. Demande indéterminée dans son montant

Certaines demandes ne sont pas chiffrables et, de ce fait, sont dites indéterminées. Elles ressortissent à deux catégories :

- Demandes extra-patrimoniales en matière d'état et de capacité des personnes ;
- Demandes patrimoniales insusceptibles d'une évaluation en argent.

Le régime juridique de ces demandes indéterminée dans leur montant diffère selon que le taux du ressort ou le taux de compétence doit être appliqué.

#### α) Taux du ressort

Aux termes de l'article 40 du Code de procédure civile, « *le jugement qui statue sur une demande indéterminée est, sauf disposition contraire, susceptible d'appel* ».

Peu importe donc que la demande indéterminée soit extra patrimoniale ou que, patrimoniale, elle ait pour origine l'exécution d'une obligation d'un montant déterminé : le jugement sera systématiquement susceptible d'appel. La jurisprudence qualifie assez aisément une demande d'indéterminée, soucieuse qu'elle est de ne pas priver indûment un plaideur du double degré de juridiction. Ainsi, selon la jurisprudence, sont indéterminées dans leur montant les demandes suivantes :

- demande en nullité<sup>1</sup>,
- demande en résolution pour inexécution d'un contrat<sup>2</sup>,
- demande en revendication d'un bien<sup>3</sup>, demande tendant à la condamnation du débiteur à l'exécution d'une obligation de faire<sup>4</sup>, sous réserve que le coût de l'exécution n'ait pas été chiffré<sup>5</sup>,
- demande en relevé de forclusion du créancier qui n'a pas déclaré dans les délais sa créance au passif du débiteur soumis à une procédure collective<sup>6</sup>,

La tendance de la jurisprudence à retenir une notion large de la demande indéterminée se manifeste tout particulièrement en droit du travail, à dessein, le plus souvent, de faire bénéficier le salarié du double degré de juridiction. Ainsi la jurisprudence a-t-elle qualifié d'indéterminées dans leur montant les demandes suivantes, émanant de salariés :

- demande en remise, par l'employeur, de bulletins de paie modifiés, par exemple mentionnant le nombre de jours exact de congés payés pris par le salarié<sup>7</sup>, dès lors qu'elle ne constitue pas la conséquence nécessaire d'une demande chiffrée<sup>8</sup>,
- demande en annulation d'une sanction de mise à pied infligée à un salarié par son employeur<sup>9</sup>,
- demande tendant à la publication d'une décision de condamnation à intervenir<sup>10</sup>,
- demande tendant à la reconnaissance d'une unité économique et sociale en droit du travail<sup>11</sup>.

L'article 40 du Code de procédure civile réserve toutefois, on l'a vu, l'hypothèse d'une disposition contraire.

C'est ainsi qu'aux termes des articles L. 221-4 et R. 221-4, alinéa 2, combinés du Code de

<sup>1</sup> Civ. 3, 18 décembre 1991, n° 90-11048, B. III, n° 320 : invocation de la nullité d'une association.

<sup>2</sup> Civ. 1, 26 janvier 1994, B. I, n° 29 ; *RTD com.* 1994, 543, obs. B. Bouloc : action réhabilitatoire ; Civ. 1, 17 février 1995, n° 92-17894, B. I, n° 50 ; Civ. 2, 16 mai 2012, n° 11-11725.

<sup>3</sup> Com. 11 juillet 1972, *RTD com.* 1973, 379, obs. R. Houin.

<sup>4</sup> Civ. 2, 1er décembre 1960, B. II, n° 731 ; Civ. 2, 6 juin 2013, n° 12-20062, B. II, n° 110 ; *Rev. soc.* 2014, 38, note J.-F. Barbiéri : « toute demande tendant à la condamnation du défendeur à l'exécution d'une obligation de faire constituée en elle-même une demande indéterminée » ; dans le même sens : Com. 21 octobre 1997, n° 95-12465, B. IV, n° 269 ; *D.* 1999, *somm.* 148, obs. M. Cabrillac ; *RTD com.* 1998, 182, obs. M. Cabrillac.

<sup>5</sup> Civ. 2, 7 juin 2007, n° 06-12188, B. II, n° 139 ; *Procédures* 2007, n° 243, obs. R. Perrot : coût des travaux à effectuer chiffré à l'issue d'un référé-expertise à une somme inférieure à 4.000 €, appel irrecevable ; mais comp. Civ. 2, 6 juin 2013, préc. : évaluation par le demandeur de l'obligation de faire à 1 €, appel néanmoins recevable.

<sup>6</sup> Com. 12 janvier 2016, n° 14-18936, B. IV, n° 4.

<sup>7</sup> Soc. 28 novembre 2006, n° 05-41001, B. V, n° 357.

<sup>8</sup> Soc. 23 mars 2011, n° 09-70827, B. V, n° 78 ; *Procédures* 2011, n° 204, obs. A. Bugada.

<sup>9</sup> Soc. 26 octobre 1999, n° 97-44304, B. V, n° 413.

<sup>10</sup> Soc. 23 mars 2011, préc.

<sup>11</sup> Soc. 12 septembre 2007, n° 06-60275, B. V, n° 129 ; Soc. 24 septembre 2008, n° 07-60350, B. II, n° 182 ; Soc. 31 janvier 2012, n° 11-20232 et 11-20233, B. V, n° 37.

l'organisation judiciaire, et par dérogation au principe posé par l'article 40 du Code de procédure civile, lorsque le tribunal d'instance est compétent, d'une manière générale, pour connaître d'une action personnelle ou mobilière à raison d'un montant inférieur ou égal à 10 000 €, il statue en premier et dernier ressort non seulement lorsque le montant de la demande dont il est saisi est inférieur ou égal à 4 000 €, mais encore lorsque cette demande, quoique indéterminée, se rattache à une obligation d'un montant inférieur ou égal à cette somme<sup>1</sup>.

En revanche, selon l'article R. 221-37 du Code de l'organisation judiciaire, dans d'autres matières où il est compétent *ratione materiae* indépendamment de l'enjeu du litige<sup>2</sup>, le tribunal d'instance statue en premier et dernier ressort lorsque le montant de la demande est inférieur ou égal à 4 000 € et à charge d'appel non seulement lorsque la demande excède ce montant, mais encore lorsqu'elle est indéterminée, quand bien même elle se rattacherait à une obligation d'un montant inférieur ou égal à 4 000 €. Dans ces matières, le tribunal statue donc en premier et dernier ressort ou à charge d'appel en fonction du principe posé par l'article 40 du Code de procédure civile.

Ex. saisi par un bailleur, en application de l'article R. 221-38 du Code de l'organisation judiciaire<sup>3</sup>, d'une action en résiliation d'un bail à usage d'habitation pour défaut de paiement, par le preneur, d'une dette de loyer de 3 000 €, le tribunal d'instance statuera à charge d'appel. En effet, l'action en résiliation du bail est une demande indéterminée, peu importante, en l'occurrence, qu'elle ait pour origine l'exécution d'une obligation d'un montant inférieur au taux du ressort.

## β) Taux de compétence

Pour l'application du taux de compétence, il convient de distinguer entre les demandes extra-patrimoniales et les demandes patrimoniales indéterminées.

- Les demandes extra-patrimoniales relèvent essentiellement de la compétence du tribunal de grande instance, qui a même compétence exclusive en la matière<sup>4</sup>.
- Lorsqu'aucune juridiction n'a reçu spécialement compétence pour connaître d'une demande patrimoniale indéterminée, il faut se référer aux dispositions précitées des articles L. 211-3 et L. 221-4<sup>5</sup> : le tribunal d'instance ou le tribunal de grande instance est compétent, selon que cette demande a pour origine l'exécution d'une obligation d'un montant inférieur ou égal à 10.000 € ou supérieur à ce montant.

## 2. Évaluation du litige en présence de plusieurs demandes

Les articles 35 à 39 du Code de procédure civile distinguent entre les pluralités de demandes initiales et les pluralités par adjonction de demandes incidentes.

### a. Pluralités de demandes initiales

#### α) Demandes émanant d'un demandeur unique contre un défendeur unique

L'article 35 du Code de procédure civile distingue suivant que les demandes sont, ou non, connexes ou fondées sur les mêmes faits.

- Demandes connexes ou fondées sur les mêmes faits

La compétence et le taux du ressort sont déterminés par la valeur totale des demandes (article 35, alinéa 2)<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Civ. 1, 22 septembre 2016, n° 15-14769 ; Limoges 30 juin 2015, RG n° 14/00657.

<sup>2</sup> Matières énumérées aux articles R. 221-38 à R. 221-39-1 du Code de l'organisation judiciaire.

<sup>3</sup> Aux termes de l'article R. 221-38 du Code de l'organisation judiciaire, « *Le tribunal d'instance connaît des actions dont un contrat de louage d'immeubles à usage d'habitation ou un contrat portant sur l'occupation d'un logement est l'objet, la cause ou l'occasion* ». Cf. *infra* : § 2 « Compétence d'attribution selon la matière du litige », A. « Compétence matérielle des juridictions de première instance », 2. « Compétence matérielle du tribunal d'instance », b. « Compétence spéciale à raison de la nature de l'affaire ».

<sup>4</sup> Cf. *infra* : § 2 « Compétence d'attribution selon la matière du litige », A. « Compétence matérielle des juridictions de première instance », 1. « Compétence matérielle du tribunal de grande instance ».

<sup>5</sup> Cf. *supra* : A. « Existence d'un taux de compétence ».

<sup>6</sup> Cf. par ex. Civ. 2, 31 mars 2011, n° 10-16479 ; Civ. 2, 27 juin 2013, n° 12-20841.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Panthéon-Assas  
Licence droit 3ème année Melun 2023-2024

- Demands non connexes et fondées sur des faits différents

La compétence et le taux du ressort sont déterminés par la nature et la valeur de chaque demande isolément considérée (article 35, alinéa 1er). Toutefois, selon la Cour de cassation, lorsqu'un demandeur émet une demande principale et une demande subsidiaire, le jugement est susceptible d'appel dès lors que le montant d'une des demandes, serait-ce la demande subsidiaire, excède le taux du ressort<sup>1</sup>.

β) Pluralité de demandeurs ou de défendeurs dans la même instance

L'article 36 du Code de procédure civile envisage l'hypothèse de demandes émises en vertu d'un titre commun, à distinguer, donc, de celle où les demandes ne procèdent pas d'un titre commun.

- Demands émises en vertu d'un titre commun

L'expression de « *titre commun* » doit s'entendre de la cause génératrice des droits invoqués par ou contre les litisconsorts<sup>2</sup>.

Ex. obligation solidaire. La solidarité active mettra aux prises plusieurs créanciers et un débiteur, la solidarité passive plusieurs débiteurs et un créancier unique.

La compétence et le taux du ressort sont alors déterminés, pour l'ensemble des prétentions, par la plus élevée d'entre elles, selon l'article 36 précité.

Ex. une des demandes porte sur un montant de 11.000 €, tandis que les deux autres sont respectivement de 7.000 € et 3.000 €. L'ensemble du litige relèvera alors de la compétence du tribunal de grande instance.

Ex. les trois demandes sont d'un montant respectif de 3.500 €, 7.000 € et 3.000 €. L'affaire sera alors jugé pour le tout par le tribunal d'instance, mais à charge d'appel, puisque la plus élevée des demandes excède le taux du ressort.

- Demands émises en l'absence de titre commun

L'article 36 étant muet, la Cour de cassation estime qu'il faut en revenir, par un raisonnement *a fortiori*, à la règle de l'article 35, alinéa 1er<sup>3</sup>, apparemment même dans l'hypothèse où ces demandes sont unies par un lien de connexité<sup>4</sup>.

En conséquence, la compétence et le taux du ressort seront déterminés isolément pour chacune des demandes.

b. Pluralités par adjonction de demandes incidentes

Le Code de procédure civile règle différemment la question du taux de compétence de celle du taux du ressort.

α) Taux de compétence

La lecture des articles 37 et 38 du Code de procédure civile conduit, à cet égard, à distinguer deux hypothèses, selon que les demandes incidentes sont toutes inférieures au taux de compétence de la juridiction saisie ou bien qu'une au moins d'entre elles lui est supérieure.

- Demands incidentes toutes inférieures au taux de compétence de la juridiction saisie

L'article 37 du Code de procédure civile énonce la règle suivante :

« Lorsque la compétence dépend du montant de la demande, la juridiction connaît de toutes interventions et demandes reconventionnelles et en compensation inférieures au taux de sa compétence alors même que, réunies aux prétentions du demandeur, elles l'excéderaient. »

Ex. tribunal d'instance saisie d'une demande initiale de 5.000 € et de deux interventions d'un montant de 7.000 € chacune. Il demeure compétent sur le tout, bien que l'addition du montant des prétentions ((7.000 € x 2) + 5.000 € = 19.000 €) excède son taux de compétence.

Motif : le législateur a voulu préserver l'unité du litige.

- Demands incidentes dont une au moins est supérieure au taux de compétence de la juridiction saisie

<sup>1</sup> Civ. 2, 19 mars 2015, n° 14-10122, B. II, n° 64.

<sup>2</sup> Civ. 2, 29 avril 1997, *Procédures* 1997, n° 177, obs. R. Perrot.

<sup>3</sup> Civ. 2, 7 octobre 1982, B. II, n° 120 ; cf. Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. I, p. 192.

<sup>4</sup> Civ. 2, 7 avril 2011, n° 10-17908 ; Civ. 1, 19 mars 2015, n° 13-27414, B. I, n° 67 (sur le deuxième moyen, non publié au *Bulletin*). Il y avait eu antérieurement des hésitations.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Panthéon-Assas  
Licence droit 3ème année Melun 2023-2024

La règle est alors donnée par l'article 38 du Code de procédure civile :

*« Lorsqu'une demande incidente est supérieure au taux de sa compétence, le juge, si une partie soulève l'incompétence, peut soit ne statuer que sur la demande initiale, soit renvoyer les parties à se pourvoir pour le tout devant la juridiction compétente pour connaître de la demande incidente. Toutefois, lorsqu'une demande reconventionnelle en dommages-intérêts est fondée exclusivement sur la demande initiale, le juge en connaît à quelque somme qu'elle s'élève. »*

Cette règle se présente donc sous la forme d'un principe, assorti d'une exception. Le principe est celui d'une option ouverte au juge et l'exception concerne la demande reconventionnelle en dommages-intérêts fondée exclusivement sur la demande initiale.

– Principe : option ouverte au juge

Dès lors qu'une partie invoque son incompétence, le juge peut soit statuer sur la seule demande initiale, soit renvoyer les parties à se pourvoir pour le tout devant la juridiction compétente pour connaître de la demande incidente. Le juge est donc en principe incompétent pour connaître de l'entier litige, il n'a le choix qu'entre statuer uniquement sur la demande principale ou se déclarer incompetent pour le tout.

Ex. tribunal d'instance saisi d'une demande initiale de 5.000 € et de deux interventions, la première d'un montant de 7.000 €, la seconde d'un montant de 12.000 €. L'article 38 du Code de procédure civile lui laisse le choix entre<sup>1</sup> :

- ne statuer que sur les demandes inférieures à 10.000 €, au risque de briser l'unité du litige ;
- ou bien, s'il estime que toutes les demandes forment un ensemble dont il serait inopportun de rompre l'unité, renvoyer les parties à se pourvoir devant le tribunal de grande instance sur le tout, y compris sur les demandes entrant normalement dans les limites quantitatives de sa compétence.

Le tribunal d'instance pourra néanmoins connaître des demandes incidentes au titre de la prorogation légale de sa compétence (article R. 221-40, alinéa 1er, du Code de l'organisation judiciaire)<sup>2</sup>.

– Exception : demande reconventionnelle en dommages-intérêts fondée exclusivement sur la demande initiale

Par une telle demande reconventionnelle, le défendeur s'efforce d'obtenir la condamnation du demandeur à des dommages-intérêts, en soutenant que celui-ci a abusé de son droit d'ester en justice<sup>3</sup>. La demande incidente suit alors le sort de la demande principale<sup>4</sup>.

Motifs :

- Technique : la demande initiale servant de cause à la demande incidente, on ne voit pas comment le juge pourrait statuer sur celle-ci indépendamment de celle-là. La connaissance des deux demandes doit donc être attribuée au même juge ;
- D'opportunité : demande vue avec défaveur par le législateur, qui craint qu'elle ne serve de moyen d'intimidation ou de moyen dilatoire. Le juge compétent pour en connaître ne peut guère être que celui compétent à l'égard de la demande initiale, si on veut prévenir ces inconvénients.

Remarque : les prorogations légales de compétence que le législateur a instituées quant aux demandes incidentes, non seulement au profit du tribunal de grande instance<sup>5</sup>, mais encore, depuis un décret du 2 juin 2008, au profit du tribunal d'instance<sup>6</sup>, rendent, en pratique, inapplicables les règles de compétence posées par les articles 37 et 38 du Code de procédure civile en matière de demandes incidentes. En effet, la compétence légale de ces deux juridictions est, d'une manière générale, prorogée aux demandes incidentes, sauf lorsque celles-ci relèvent de la compétence exclusive d'une autre juridiction. Or la compétence d'attribution d'une juridiction à raison du montant de la demande, cette juridiction serait-elle le tribunal de grande instance, ne présente jamais un caractère exclusif<sup>7</sup>. La prorogation légale de compétence d'un tribunal d'instance à une demande incidente excédant le taux de compétence de cette juridiction est donc

<sup>1</sup> Perrot, *op. cit.*, t. I, p. 223.

<sup>2</sup> *Cf. infra* : Chap. III « Prorogation de compétence », section 3 « Prorogation légale de compétence », § 3 « Demandes incidentes ».

<sup>3</sup> *Cf. supra* : « Caractères de l'action en justice », « Caractère libre ».

<sup>4</sup> Sur l'interprétation à donner de la notion de « demande reconventionnelle en dommages-intérêts fondée exclusivement sur la demande initiale », *cf. infra* : β) « Taux du ressort ».

<sup>5</sup> Article 51, alinéa 1er, du Code de procédure civile.

<sup>6</sup> Articles 51, alinéa 2, du Code de procédure civile et R. 221-40, alinéa 1er, du Code de l'organisation judiciaire.

<sup>7</sup> *Cf. infra* : « Prorogation légale de compétence ».



automatique.

β) Taux du ressort

Position du problème :

Initialement saisi d'une demande d'un montant supérieur au taux du ressort, le juge se retrouve saisi d'une demande incidente d'un montant inférieur à ce taux. Si cette demande avait été prise isolément, le jugement intervenu n'aurait pas été susceptible d'appel. On peut d'ailleurs aussi imaginer l'hypothèse inverse : demande initiale d'un montant inférieur au taux du ressort, demande incidente d'un montant supérieur. Dans les deux cas, le problème est de savoir si le jugement rendu sera, ou non, susceptible d'appel et dans quelle mesure.

On pourrait certes concevoir un système dans lequel chaque demande serait traitée isolément, l'appel étant possible lorsque son montant est supérieur au taux du ressort, exclu dans le cas contraire. Mais un tel système présenterait l'inconvénient majeur de briser l'unité du litige, en faisant courir le risque d'une contrariété de décisions en cas d'infirmité de certaines demandes seulement en appel. L'article 39 du Code de procédure civile retient donc un système plus nuancé, reposant sur plusieurs distinctions.

Droit positif :

Aux termes de l'article 39 du Code de procédure civile :

*« Sous réserve des dispositions de l'article 35, le jugement n'est pas susceptible d'appel lorsque aucune des demandes incidentes n'est supérieure au taux du dernier ressort.  
« Si l'une d'elles est supérieure à ce taux, le juge statue en premier ressort sur toutes les demandes. Il se prononce toutefois en dernier ressort si la seule demande qui excède le taux du dernier ressort est une demande reconventionnelle en dommages-intérêts fondée exclusivement sur la demande initiale. »*

Le texte invite ainsi à distinguer deux hypothèses :

- Aucune des demandes incidentes n'est supérieure au taux du ressort

L'article 39, alinéa 1er, pose un principe, assorti d'une exception :

- Principe : jugement rendu en premier et dernier ressort

Le jugement n'est pas susceptible d'appel, comme l'indique le texte. Toutefois, par hypothèse, une demande principale a précédé la demande incidente. *Quid* si le montant de la demande principale est supérieur au taux du ressort ?

La lettre de l'article 39, alinéa 1er, donne à penser que l'appel est exclu, même en ce qui concerne la demande principale. Mais l'esprit du texte conduit à écarter une telle solution. En effet, on conçoit mal que le demandeur initial soit privé de la faculté d'interjeter appel du jugement rendu, simplement parce qu'il a plu à son adversaire ou à un tiers de présenter une demande incidente d'un montant inférieur au taux du ressort.

Il convient donc d'interpréter l'article 39, alinéa 1er, en ce sens que le jugement est insusceptible d'appel uniquement en ce qui concerne les demandes incidentes. Mais la formulation du texte est, il faut en convenir, maladroite.

- Exception : demandes incidentes connexes

Le principe n'est énoncé que « *sous réserve des dispositions de l'article 35* ». Si les demandes incidentes sont unies par un lien de connexité, il convient donc d'en additionner les montants pour déterminer si la totalité de ceux-ci excède ou non le taux du ressort, afin de déterminer si l'appel est possible ou non.

- Une des demandes incidentes au moins est supérieure au taux du ressort

L'article 39, alinéa 2, pose un principe inverse au précédent, mais lui aussi assortie d'une exception :

- Principe : jugement rendu à charge d'appel

« *le juge statue en premier ressort sur toutes les demandes* », c'est-à-dire qu'il est susceptible d'appel aussi bien du chef des demandes incidentes que de celui de la demande principale. Il n'importe que certaines de ces demandes, et notamment la demande principale, soient inférieures au taux du ressort.

En quelque sorte, la demande incidente attire la demande principale<sup>1</sup>. C'est le montant des seules demandes incidentes qu'il faut prendre en considération pour déterminer si le jugement rendu est, ou non,

<sup>1</sup> Cadiet et Jeuland, op. cit., n° 118.

susceptible d'appel.

- Exception : demande reconventionnelle en dommages-intérêts fondée exclusivement sur la demande principale excédant seule le taux du ressort

Le juge se prononce alors en dernier ressort<sup>1</sup>. Bien que l'article 39, alinéa 2, ne vise littéralement que la « *demande reconventionnelle en dommages-intérêts* », la jurisprudence applique l'exception chaque fois que la raison d'être de la demande reconventionnelle se trouve uniquement dans l'existence de la demande principale, quand bien même l'auteur de la demande reconventionnelle n'aurait pas sollicité l'allocation d'une somme d'argent<sup>2</sup>.

Motif : il n'est pas envisageable de dissocier le sort procédural d'une telle demande reconventionnelle de celui de la demande principale<sup>3</sup>. Par ailleurs, le législateur est défavorable à ces demandes<sup>4</sup>.

## § 2 Compétence d'attribution selon la matière du litige

On traitera de la compétence matérielle des juridictions de première instance, puis de celle de la cour d'appel.

### A. Compétence matérielle des juridictions de première instance

On examinera la compétence matérielle de ces juridictions dans l'ordre suivant :

- tribunal de grande instance
- tribunal d'instance
- autres juridictions de première instance

Remarque : un important décret n° 2009-1693 du 29 décembre 2009 relatif à la répartition des compétences entre le tribunal de grande instance et le tribunal d'instance<sup>5</sup> est venu retirer au tribunal d'instance la connaissance de certains litiges, par exemple ceux relatifs aux baux professionnels, transférés au tribunal de grande instance (article R. 211-4, 11°, du Code de l'organisation judiciaire), ou bien ceux relatifs à la procédure de paiement direct des pensions alimentaires, transférés au juge de l'exécution (article R. 213-6, alinéa 2, du Code des procédures civiles d'exécution).

#### 1. Compétence matérielle du tribunal de grande instance

- Jurisdiction de droit commun de première instance en matière civile
- Jurisdiction à compétence exclusive en certaines matières
- Jurisdiction à juge unique en diverses matières

##### b. Jurisdiction de droit commun

###### α) Signification du caractère de jurisdiction de droit commun du tribunal de grande instance

- Les juridictions de droit commun sont celles qui ont une compétence de principe pour connaître de tous les litiges sans qu'il soit besoin d'une loi, d'un texte spécial pour les investir du pouvoir de juger telle ou telle affaire. Elles ont donc vocation à juger tous les litiges, pour autant qu'un texte particulier ne leur a pas retiré la connaissance de telle ou telle catégorie déterminée d'affaires.
- Les juridictions d'exception, à l'inverse, ne sont compétentes pour connaître que de certaines affaires limitativement énumérées, qu'un texte spécial leur a attribuées. Leur compétence est donc, en quelque sorte, exceptionnelle et déroge au droit commun. Dans le contentieux administratif, on les appelle « juridictions d'attribution », expression synonyme de « juridictions d'exceptions », mais qui prête à confusion, car toute jurisdiction, qu'elle soit de droit commun ou d'exception, a une compétence d'attribution, c'est-à-dire à raison de la matière.

<sup>1</sup> Civ. 2, 16 février 1977, B. II, n° 27 ; D. 1977, IR 228, obs. P. Julien ; Civ. 1, 13 décembre 2017, n° 16-26165.

<sup>2</sup> Civ. 2, 8 février 2007, n° 06-10303, B. II, n° 22 : demande reconventionnelle tendant à la publication et à l'affichage du jugement à intervenir, dans la limite d'une certaine somme par insertion.

<sup>3</sup> Cf. *supra*.

<sup>4</sup> Cf. *supra*.

<sup>5</sup> C. Bléry « Répartition des compétences entre le tribunal de grande instance et le tribunal d'instance – à propos du décret du 29 décembre 2009 », JCP 2010, 107.

Remarque : la compétence d'attribution d'une juridiction d'exception, qui lui est dévolue par les textes, est parfois très large : par exemple, le tribunal d'instance, qui est bien une juridiction d'exception (article L. 221-1 du Code de l'organisation judiciaire), connaît de beaucoup de petits litiges.

Le tribunal de grande instance est une juridiction de droit commun : il a une compétence de principe pour connaître, en première instance, de tous les litiges de nature privée, dès lors du moins qu'une disposition particulière de la loi ne lui en a pas expressément retirée la connaissance pour l'attribuer à une juridiction spécialisée (articles L. 211-3 du Code de l'organisation judiciaire). On dit encore qu'il dispose d'une plénitude de juridiction.

C'est donc au tribunal de grande instance qu'on s'adresse, en l'absence d'un texte attribuant compétence à une juridiction particulière pour connaître d'une affaire, en raison de la nature de cette affaire ou du montant de la demande (article R. 211-3 du Code de l'organisation judiciaire).

#### β) Portée du caractère de juridiction de droit commun du tribunal de grande instance

Le tribunal de grande instance est privé par les textes de la connaissance de certaines affaires au profit de juridictions d'exception, soit en raison de leur nature, soit en raison du montant de la demande.

- En raison de la nature de l'affaire

Par exemple, la loi attribue la connaissance des affaires commerciales aux tribunaux de commerce, les litiges individuels relatifs à un contrat de travail aux conseils de prud'hommes. Cela réduit d'autant la compétence des tribunaux de grande instance, dont la compétence se limite pratiquement aux affaires de nature proprement civile.

- En raison du montant de la demande

En principe les tribunaux de grande instance ne connaissent que des demandes de nature civile dont le montant excède un certain taux, actuellement fixé à 10.000 €. Jusqu'à cette somme, la compétence appartient aux tribunaux d'instance (article L. 221-4 du Code de l'organisation judiciaire).

#### c. Compétence exclusive

La compétence exclusive signifie que la connaissance d'un certain contentieux est absolument réservée à une juridiction déterminée. Or, dans divers cas, le tribunal de grande instance a reçu compétence exclusive pour connaître d'un certain nombre de matières, quel que soit le montant de la demande (articles L. 211-4 et R. 211-4 du Code de l'organisation judiciaire, rédaction issue des décrets n° 2009-1693 du 29 décembre 2009 relatif à la répartition des compétences entre le tribunal de grande instance et le tribunal d'instance et n° 2012-1515 du 28 décembre 2012), notamment des matières suivantes :

- État des personnes (mariage, filiation, adoption, déclaration d'absence)
- Rectification des actes d'État civil
- Successions
- Amendes civiles encourues par les officiers de l'État civil
- Actions immobilières pétoires<sup>1</sup>
- Récompenses industrielles – c'est-à-dire la propriété industrielle
- Dissolution des associations
- Sauvegarde, redressement judiciaire et liquidation judiciaire lorsque le débiteur n'est ni commerçant ni immatriculé au répertoire des métiers
- Baux commerciaux, à l'exception des contestations relatives à la fixation du prix du bail révisé ou renouvelé<sup>2</sup>, baux professionnels et conventions d'occupation précaire en matière

<sup>1</sup> Il ne suffit pas qu'un litige se rapporte à un immeuble, pour que le tribunal de grande instance soit compétent *ratione materiae*. Il faut que l'action intentée tende à la sanction d'un droit réel immobilier, par opposition à un droit de créance, par définition personnel et mobilier (Civ. 2, 23 octobre 1991, n° 90-15019, *B. II*, n° 270 ; Civ. 2, 13 octobre 2016, n° 15-24482, *B. II*, n° 226). Sur le caractère exclusif de la compétence du tribunal de grande instance pour connaître des questions de nature immobilière pétoire, *cf.* Civ. 3, 13 juillet 2017, n° 16-50057, *B. III*, n° 93.

<sup>2</sup> *Cf.* article R 145-23, alinéa 1er, du Code de commerce.

commerciale

- Enregistrement et contributions indirectes
- Actions civiles pour diffamation ou pour injures publiques ou non publiques, verbales ou écrites
- Contestations concernant le paiement, la garantie ou le remboursement des créances de toute nature recouvrées par l'administration des douanes et les autres affaires de douanes, dans les cas et conditions prévus au Code des douanes

Comme l'article R. 211-4 du Code de l'organisation judiciaire l'indique, sa liste n'est pas exhaustive. De fait, divers textes donnent encore compétence exclusive au tribunal de grande instance dans d'autres matières :

- Demandes relatives aux frais, émoluments et débours des auxiliaires de justice et des officiers publics ou ministériels dans les cas prévus par l'article 52 du Code de procédure civile (article L. 211-6 du Code de l'organisation judiciaire)
- Actions en réparation d'un dommage corporel (article L. 211-4-1 du Code de l'organisation judiciaire)<sup>1</sup>
- Actions de groupe (article L. 211-9-2 du Code de l'organisation judiciaire)
- Contentieux général de la sécurité sociale défini à l'article L. 142-1 du Code de la sécurité sociale (article L. 211-16 du Code de l'organisation judiciaire)<sup>2</sup>

#### d. Juridiction à juge unique<sup>3</sup>

Le principe est celui de la collégialité (article L. 212-1 du Code de l'organisation judiciaire), comportant des exceptions « *tenant à l'objet du litige ou à la nature des questions à juger* ». Deux hypothèses sont à distinguer, où le tribunal de grande instance statue à juge unique :

- Tribunal de grande instance statuant à juge unique sur décision préalable de son président ou du délégué de celui-ci. Cette décision peut être prise « *en toute matière* » (article R. 212-9 du Code de l'organisation judiciaire). Mais « le renvoi à la formation collégiale est de droit, sur la demande non motivée d'une des parties » (article L. 212-2, alinéa 1er, du Code de l'organisation judiciaire). Néanmoins « *les dispositions du présent article ne sont pas applicables en matières disciplinaires ou relatives à l'état des personnes, sous réserve des dispositions particulières aux matières de la compétence du juge aux affaires familiales* » (article L. 212-2, alinéa 2).
- Tribunal de grande instance statuant à juge unique de plein droit, dans différentes matières résultant des textes disparates. Ainsi, selon l'article R. 212-8 du Code de l'organisation judiciaire,

« *Le tribunal de grande instance connaît à juge unique :*

- 1° *Des litiges auxquels peuvent donner lieu les accidents de la circulation terrestre ;*  
2° *Des demandes en reconnaissance et en exequatur des décisions judiciaires et actes publics étrangers ainsi que des sentences arbitrales françaises ou étrangères ;*  
3° *Des ventes de biens de mineurs et de celles qui leur sont assimilées.*

*Le juge peut toujours renvoyer une affaire en l'état à la formation collégiale. Cette décision est*

<sup>1</sup> Jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, la compétence pour connaître de ces actions dépendait du montant de la demande. Observant que les actions en dommage corporel représentent une part non négligeable du contentieux soumis aux tribunaux d'instance et afin de contribuer à leur désengorgement, le législateur a préféré donner compétence aux seuls tribunaux de grande instance. Ce seront donc les règles de procédure civile devant le tribunal de grande instance qui s'appliqueront désormais à toute demande en indemnisation d'un dommage corporel, d'où il résulte que le ministère d'avocat sera obligatoire.

<sup>2</sup> Cette disposition emporte transfert du contentieux actuellement dévolu aux tribunaux des affaires de sécurité sociale à certains tribunaux de grande instance spécialement désignés. Aux termes des articles L. 218-1 et suiv. du Code de l'organisation judiciaire, le tribunal de grande instance connaît du contentieux de la sécurité sociale dans une formation échevinale, semblable à celle que le tribunal des affaires de sécurité sociale avait. En effet, la formation est composée d'un magistrat du tribunal de grande instance et de deux assesseurs, représentant les travailleurs salariés, pour le premier, et les employeurs et les travailleurs indépendants, pour le second. La procédure demeure orale, sans ministère d'avocat obligatoire (article L. 142-9 du Code de la sécurité sociale), bien qu'elle se déroule dorénavant devant le tribunal de grande instance. La réforme entrera en vigueur à une date fixée par décret et au plus tard le 1er janvier 2019 (article 114, I, de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016). Les grandes difficultés de fonctionnement que les tribunaux des affaires de sécurité sociale, submergés de litiges, ont rencontrées, est à l'origine de la décision du législateur de transférer le contentieux à certains tribunaux de grande instance. On ne voit pas très bien en quoi cette réforme améliorera les choses, toutefois...

<sup>3</sup> R. Perrot « Le juge unique en droit français », *RIDC* 1977, p. 659 et suiv.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Panthéon-Assas  
Licence droit 3ème année Melun 2023-2024

*une mesure d'administration judiciaire. »*

A cet égard, le tribunal de grande instance comprend un certain nombre de juges uniques *ad hoc* :

- juge aux affaires familiales
- juge des enfants
- juge de l'expropriation
- président du tribunal de grande instance, doté d'attributions propres

α) Le juge aux affaires familiales

Il détient de nombreux chefs de compétence, énumérés par les articles L. 213-3 et L. 213-3-1 du Code de l'organisation judiciaire. Sa compétence a en effet été élargie par une loi 2009-526 du 12 mai 2009 :

- demandes relatives au fonctionnement des régimes matrimoniaux et des indivisions entre personnes liées par un pacte civil de solidarité ou entre concubins, séparation de biens judiciaire.
- divorce, séparation de corps et leurs conséquences, liquidation et partage des intérêts patrimoniaux des époux, des personnes liées par un pacte civil de solidarité et des concubins, sauf en cas de décès ou de déclaration d'absence.
- actions liées à la fixation de l'obligation alimentaire, de la contribution aux charges du mariage ou du pacte civil de solidarité ou de la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants ; à l'exercice de l'autorité parentale ; à la révision de la prestation compensatoire ou de ses modalités de paiement ; au changement de prénom auquel le procureur de la République s'oppose (article 1055-2 du Code de procédure civile).
- Juge de tutelle des mineurs, connaissant, à ce titre, de l'émancipation, de l'administration légale et de la tutelle des mineurs, de la tutelle des pupilles de la nation.

Le juge unique peut toujours renvoyer l'affaire à la formation collégiale du tribunal, laquelle statuera alors comme juge aux affaires familiales. La formation collégiale comprend alors le juge qui a demandé le renvoi (article L. 213-4, alinéa 1 et 3, du Code de l'organisation judiciaire).

Le renvoi est de droit à la demande des parties en matière de divorce et de séparation de corps (article L. 213-4, alinéa 2, du Code de l'organisation judiciaire).

β) Le juge des enfants

Il a une compétence pénale de principe pour l'instruction et le jugement des contraventions et les délits commis par des enfants et adolescents. Mais il est aussi juge civil, compétent en matière d'assistance éducative (article L. 252-2 du Code de l'organisation judiciaire, article 375-1 du Code civil et article 1181 du Code de procédure civile), notamment.

γ) La juridiction de l'expropriation

Un juge de l'expropriation (article L. 13-1 du Code de l'expropriation) est désigné, pour chaque département, par le premier président de la cour d'appel, parmi les magistrats du siège appartenant au tribunal de grande instance près duquel siège cette juridiction. Il constitue à lui seul la juridiction de l'expropriation (article R. 13-1 du Code de l'expropriation).

δ) Le président du tribunal de grande instance

Non seulement le président du tribunal de grande instance exerce les fonctions habituelles de tout juge, en présidant d'ailleurs la chambre dont il fait partie, généralement la première, mais encore il est investi de fonctions juridictionnelles qui lui sont propres.

Ces fonctions juridictionnelles propres sont très importantes en pratique. Comme elles sont variées et absorbantes, dans les grands tribunaux, elles sont très souvent déléguées à un vice-président ou même à un simple juge, comme le Code de l'organisation judiciaire le permet.

Le président du tribunal de grande instance ou son délégué :

- rend des ordonnances sur requête
- est juge des référés
- est juge de l'exécution.

- Ordonnances sur requête

Ce sont des ordonnances rendues à la requête unilatérale d'une partie, fondée à ne pas appeler de partie adverse en la cause (article 493 du Code de procédure civile)<sup>1</sup>.

Normalement, en effet, le respect du principe de la contradiction (article 16 du Code de procédure civile) ou, ce qui revient au même, des droits de la défense, exige que chaque partie à un litige puisse discuter, contredire les arguments invoqués à son encontre par la partie adverse. Le défendeur doit donc être informé qu'une procédure est engagée à son encontre : si elle l'était à son insu, il ne pourrait faire valoir ses moyens de défense.

Il arrive cependant exceptionnellement qu'il y ait nécessité de ne pas appeler l'adversaire, soit parce qu'on ne veut pas qu'il soit présent<sup>2</sup>, soit parce qu'on ne peut pas l'identifier. Sur simple requête unilatérale d'un intéressé, le président du tribunal de grande instance peut donc prescrire de telles mesures (article 812 du Code de procédure civile) :

- soit lorsque la loi le prévoit,
- soit lorsque la mesure est urgente et que les circonstances exigent qu'elle ne soit pas prise contradictoirement, par exemple désignation d'un huissier aux fins de procéder à un constat d'adultère.

- Ordonnances de référé

Elles sont prévues par les articles 484 à 492, 808 à 810 du nouveau Code de procédure civile. Le président du tribunal de grande instance est juge des référés. Cette fonction est très importante, car le référé a pris, ces trente dernières années, un essor considérable.

Le juge des référés a pour mission de prendre rapidement une mesure provisoire, la plupart du temps en raison de l'urgence d'une situation, comme le prévoit l'article 484 du nouveau Code de procédure civile. En ce cas, il est possible de saisir le président du tribunal de grande instance, qui statuera immédiatement au moyen d'une ordonnance de référé<sup>3</sup>. La mesure est provisoire, car elle pour but de parer au plus pressé.

Ex. Situation d'atteinte imminente à la vie privée, interdiction de publication d'un livre sur le point de paraître, accompagnée de la saisie en tous lieux des exemplaires non encore diffusés<sup>4</sup>.

Ex. Atteinte à la vie privée déjà matérialisée, saisie en tous lieux des exemplaires encore invendus du livre ou du magazine.

- Juge de l'exécution

A ce titre, notamment, le juge de l'exécution connaît notamment des contestations relatives à l'exécution forcée des décisions de justice même si elles portent sur le fond du droit et il autorise les mesures conservatoires, selon l'article L. 213-6 du Code de l'organisation judiciaire. L'article R. 121-1, alinéa 2, du Code des procédures civiles d'exécution précise l'étendue des pouvoirs du juge de l'exécution. Malgré l'interdiction que ce texte lui fait, de porter atteinte à l'autorité de la chose jugée attachée à la décision dont l'exécution forcée est poursuivie, le juge de l'exécution dispose de pouvoirs assez considérables, notamment en raison du pouvoir que l'article L. 213-6 lui reconnaît, de trancher les contestations portant sur le fond du droit<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Cf. *infra* : 2ème partie « L'instance », titre I « Cadre juridique de l'instance », chap. II « Principes directeurs du procès », section 3 « Principe de la contradiction » et titre II « Déroulement de l'instance », chap. I « Procédure devant le tribunal de grande instance », section 2 « Procédures spéciales », § 2 « Procédures devant le président du tribunal de grande instance ».

<sup>2</sup> A défaut d'une telle volonté du demandeur, l'ordonnance rendue ne peut être qualifiée d'ordonnance sur requête au sens de l'article 493 du Code de procédure civile et être frappée d'un recours en rétractation en application de l'article 496 du même code, quand bien même les autres parties susceptibles d'être affectées par la mesure sollicitée n'auraient été ni appelées ni entendues (Civ. 2, 27 juin 2019, n° 18-12194 (P) ; *Dalloz actualité* 31 juillet 2019, obs. M. Kebir).

<sup>3</sup> Cf. *infra* : 2ème partie « L'instance », titre II « Déroulement de l'instance », chap. I « Procédure devant le tribunal de grande instance », section 2 « Procédures spéciales », § 2 « Procédures devant le président du tribunal de grande instance ».

<sup>4</sup> Cf. par ex. Civ. 1, 9 juillet 2003, B. I, n° 172.

<sup>5</sup> Cf. Civ. 2, 18 juin 2009, n° 08-10843, B. II, n° 165 ; D. 2009, 1768, obs. V. Avena-Robardet ; *ibid.* 2525, obs. J.-J. Ansault ; *ibid.* 2010, 1307, obs. A. Leborgne ; JCP 2009, n° 48, 492, p. 44, obs. Ph. Simler ; RTD civ. 2009, 577, obs. R. Perrot ; *Rev. huissiers* 2009, 281, obs. Ch. Lefort ; *Banque et droit* 2009, n° 126, p. 41, obs. N. Rontchevsky ; *Deffrénois* 2009, p. 2090, obs.

Or, selon l'article L. 213-5 du Code de l'organisation judiciaire, « *Les fonctions de juge de l'exécution sont exercées par le président du tribunal de grande instance. Le président peut néanmoins déléguer ses fonctions à un ou plusieurs juges du tribunal de grande instance. Le juge délégué peut être un magistrat du siège du tribunal de grande instance ou même un juge d'instance exerçant ses fonctions dans le ressort territorial du tribunal de grande instance, car il appartient aussi au tribunal de grande instance.*

Le législateur a ainsi opté pour la concentration des compétences dans le contentieux de l'exécution, plutôt que d'abandonner à chaque juridiction la connaissance du contentieux de l'exécution des jugements et autres titres exécutoires relevant de sa compétence matérielle<sup>1</sup>.

Cette concentration connaît toutefois des limites. Notamment le tribunal d'instance demeure compétent pour les saisies des rémunérations du travail et assimilées<sup>2</sup>.

## 2. Compétence matérielle du tribunal d'instance

Contrairement au tribunal de grande instance, le tribunal d'instance est une juridiction d'exception, compétente uniquement dans les cas limitativement énumérés par la loi, selon l'article L. 221-1 du Code de l'organisation judiciaire. Mais, en réalité ces cas sont très larges et ressortissent à deux catégories distinctes. Aux termes, en effet, de l'article L. 221-4 précité : « *Le tribunal d'instance connaît en première instance des affaires civiles et pénales qui lui sont attribuées par la loi ou le règlement en raison de leur nature ou du montant de la demande* ».

### a. Compétence générale à raison du montant de la demande

Aux termes de l'article L. 221-4 du Code de l'organisation judiciaire :

*« Sous réserve des dispositions législatives ou réglementaires fixant la compétence particulière des autres juridictions, le tribunal d'instance connaît, en matière civile, de toutes actions personnelles ou mobilières jusqu'à la valeur de 10 000 euros. Il connaît aussi des demandes indéterminées qui ont pour origine l'exécution d'une obligation dont le montant n'excède pas 10.000 euros. »<sup>3</sup>*

### b. Compétence spéciale à raison de la nature de l'affaire

Le législateur a prévu de nombreux chefs de compétence spéciale, visant des situations très diverses, où le tribunal d'instance est compétent quel que soit le montant de la demande, quand bien même il excéderait 10.000 €. Par exemple, le tribunal d'instance est compétent dans les cas suivants :

- Louage d'immeuble à usage d'habitation ou contrat portant sur l'occupation d'un logement

Selon l'article R. 221-38 du Code de l'organisation judiciaire, le tribunal d'instance « *connaît des actions dont un contrat de louage d'immeubles à usage d'habitation ou un contrat portant sur l'occupation d'un logement est l'objet, la cause ou l'occasion* ».

Peu importe, donc, que le contrat conférant la jouissance du logement soit un bail ou un autre contrat, par exemple un prêt.

Par extension, selon l'article R. 221-5 du même code, le tribunal d'instance est compétent pour

---

P. Théry ; *ibid.*, p. 2344, obs. R. Libchaber : le juge de l'exécution peut se prononcer sur la nullité d'un engagement résultant d'un acte notarié exécutoire invoquée pour absence prétendue de l'une des conditions requises par la loi pour la validité de sa formation ; Civ. 2, 5 juin 2014, n° 13-16053, B. II, n° 127 ; D. 2014, 1284 : le juge de l'exécution peut statuer sur la demande de modération d'une clause pénale (ancien article 1152, alinéa 2, nouvel article 1231-5, alinéa 2 du Code civil) contenue dans l'acte notarié fondant les poursuites ; Civ. 2, 28 septembre 2017, n° 16-19184, B. II, n° 190 ; D. 2018, 692, obs. N. Fricero ; *ibid.* 1223, obs. A. Leborgne ; RTD civ. 2018, 220, obs. N. Cayrol ; RD. banc. fin. 2017, comm. 262, obs. S. Piédelièvre : le juge de l'exécution a le pouvoir de se prononcer sur la validité d'une transaction judiciairement homologuée.

<sup>1</sup> Cadiet et Jeuland, *op. cit.*, n° 133.

<sup>2</sup> Articles L. 221-8 du Code de l'organisation judiciaire, L. 121-1 du Code des procédures civiles d'exécution, L. 3252-6 et R. 3252-11 du Code du travail.

<sup>3</sup> Sur le sens de ce texte, *cf. supra*.

connaître des actions en expulsion de personnes occupant, aux fins d'habitation, des locaux sans droit ni titre – « squatteurs ». En revanche, le litige relatif à l'occupation sans droit ni titre d'un terrain, par exemple par des caravanes, relève de la compétence *rationae materiae* du tribunal de grande instance, juridiction de droit commun. En effet, par définition même, un terrain n'est pas voué, en soi, à l'habitation.

Selon la Cour de cassation, la compétence que la loi attribue au tribunal d'instance en matière de baux d'habitation, est exclusive<sup>1</sup>.

En revanche, le tribunal d'instance est incompétent pour connaître des contestations en matière de baux commerciaux. A l'exception de celles relatives à la fixation du prix du bail révisé ou renouvelé, dont le président du tribunal de grande instance connaît exclusivement (article R. 145-23, alinéa 1er, du Code de commerce), ces contestations relèvent en effet, selon les cas, soit du tribunal de grande instance (article R. 145-23, alinéa 2, du Code de commerce)<sup>2</sup>, soit du tribunal de commerce à la double condition que l'action soit étrangère au statut des baux commerciaux et que les parties au litige aient la qualité de commerçant (article L. 721-3, 1°, du Code de commerce)<sup>3</sup>.

En outre, le décret du 29 décembre 2009 a retiré au tribunal d'instance la connaissance du contentieux des baux professionnels, pour la transférer au tribunal de grande instance (article R. 211-4, 11°, du Code de l'organisation judiciaire). Toutefois le tribunal d'instance demeure compétent pour connaître des litiges relatifs à un bail mixte, à usage d'habitation et professionnel<sup>4</sup>.

- Crédit à la consommation

Le tribunal d'instance est compétent en vertu de l'article R. 221-39 du Code de l'organisation judiciaire.

### 3. Compétence matérielle des autres juridictions de première instance

Ces autres juridictions sont le tribunal de commerce, le conseil de prud'hommes, le tribunal paritaire des baux ruraux. On ne développera pas ici les règles de compétence d'attribution les concernant ; on se bornera à renvoyer aux dispositions particulières figurant dans les codes réglementant la compétence matérielle de ces différentes juridictions.

## B. Compétence matérielle de la cour d'appel (pour mémoire)

<sup>1</sup> Cass. Avis 10 octobre 2005, *B.* avis, n° 7.

<sup>2</sup> Civ. 3, 9 mai 2012, n° 11-23135 ; *Gaz. Pal.* 29-30 juin 2012, p. 26, note C.-E. Brault. Il en va ainsi même si le litige concerne le droit commun du bail, et non le statut des baux commerciaux : Paris 6 mars 2014, *Gaz. Pal.* 2014, 1, 1164, note C.-E. Brault.

<sup>3</sup> Com. 18 octobre 2016, n° 14-27212, *B.* IV, n° 132, *a contrario* ; Civ. 3, 10 mars 2015, n° 14-10339 ; Civ. 3, 10 mars 2015, n° 14-10341 ; *Loyers et copr.* 2015, *comm.* 94, note Ph.-H. Brault ; *Gaz. Pal.* 12 et 14 avril 2015, p. 27, note J.-D. Barbier.

<sup>4</sup> Civ. 3, 17 novembre 2016, n° 15-25265, *B.* III, n° 157.



## Section 2 : Détermination de la compétence territoriale

- Définition (rappel).

Les règles relatives à la compétence territoriale déterminent, parmi toutes les juridictions de même nature, celle qui est territorialement compétente pour juger l'affaire. Il ne suffit pas en effet de savoir à quelles juridictions matériellement compétentes il convient de s'adresser ; il faut encore déterminer, parmi les juridictions matériellement compétentes, laquelle sera géographiquement apte à juger du litige.

La compétence territoriale suppose donc une localisation de l'affaire dans l'espace. Parmi les juridictions de même nature et de même degré matériellement compétentes, il va en effet falloir choisir celle qui localement peut connaître du procès.

- Champ d'application

Cette localisation ne concerne que les juridictions du premier degré puisque, en appel, la cour d'appel compétente est tout simplement celle dans le ressort de laquelle se trouve le tribunal qui a rendu la décision attaquée. Ce n'est que par exception que certains recours sont portés, par exemple, devant la cour d'appel de Paris.

- Importance pratique

Certes, la bonne administration de la justice est moins directement intéressée qu'à propos de la compétence d'attribution. Mais la question de la compétence territoriale revêt un intérêt primordial pour les plaideurs. Même à notre époque, les déplacements sont en effet source de difficultés et de frais supplémentaires. En outre, si la procédure est avec représentation obligatoire, comme en principe devant le tribunal judiciaire, les plaideurs ne pourront se faire représenter que par un avocat résidant professionnellement dans le ressort territorial de la cour d'appel duquel ce tribunal dépend (article 5 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, rééd. en vigueur au 1er août 2016).

Ex. un avocat dont la résidence professionnelle est établie dans le ressort territorial du tribunal judiciaire d'Arras, est inscrit au barreau établi auprès de ce tribunal, soit le barreau d'Arras. Mais le ressort du tribunal judiciaire d'Arras se trouve lui-même compris dans celui de la cour d'appel de Douai. Cet avocat peut donc, sauf exceptions, et notamment s'il n'est pas en même temps l'avocat plaçant dans le litige<sup>1</sup>, postuler devant l'ensemble des tribunaux judiciaires du ressort de ladite cour d'appel, par exemple le tribunal judiciaire de Dunkerque, celui de Lille, celui de Béthune, celui d'Avesnes-sur-Helpe, celui de Cambrai, celui de Valenciennes... En revanche, il ne peut postuler devant le tribunal judiciaire d'Amiens ou celui de Saint-Quentin, car ces deux tribunaux se trouvent dans le ressort territorial de la cour d'appel d'Amiens.

En définitive, il est toujours gênant d'être obligé de plaider loin de son domicile<sup>2</sup>. A l'extrême, on pourrait même redouter que des personnes renoncent à défendre leurs droits plutôt que de s'exposer aux inconvénients d'un déplacement dans une ville éloignée de leur lieu de résidence<sup>3</sup>.

- But poursuivi

En édictant les règles relatives à la compétence territoriale, le législateur s'est efforcé de trouver un relatif équilibre entre les intérêts antagonistes du demandeur et ceux du défendeur :

- préserver le défendeur au procès en lui épargnant un déplacement, alors qu'il n'est pas à l'initiative du procès,
- ménager le demandeur au procès en évitant que la saisine d'un tribunal ne se transforme pour lui en une tâche insurmontable qui le dissuaderait de soutenir ses prétentions, qui peuvent être légitimes.

- Textes applicables

La matière a essentiellement son siège dans les articles 42 à 48 du Code de procédure civile. Ceux-ci énoncent un principe, assorti de divers tempéraments :

<sup>1</sup> Aux termes de l'article 5, alinéa 3, de la loi de 1971, en effet, « Par dérogation au deuxième alinéa, les avocats ne peuvent postuler devant un autre tribunal que celui auprès duquel est établie leur résidence professionnelle ni dans le cadre des procédures de saisie immobilière, de partage et de licitation, ni au titre de l'aide juridictionnelle, ni dans des instances dans lesquelles ils ne seraient pas maîtres de l'affaire chargés également d'assurer la plaidoirie. »

<sup>2</sup> Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. I., p. 193.

<sup>3</sup> *Ibid.*

- § 1 : Principe de la compétence du tribunal du for du défendeur  
§ 2 : Tempéraments et dérogations au principe

## § 1 Principe de la compétence du tribunal du for du défendeur

On verra successivement l'énoncé du principe, puis ses modalités.

### A. Énoncé du principe

Le principe est énoncé par l'article 42, alinéa 1er, du Code de procédure civile : « *La juridiction territorialement compétente est, sauf disposition contraire, celle du lieu où demeure le défendeur.* » Il s'agit d'une règle traditionnelle héritée du droit romain, selon laquelle le demandeur porte son action devant le tribunal du défendeur : *Actor sequitur forum rei*.

Motif : c'est à celui qui prend l'initiative du procès d'en supporter la gêne éventuelle et jusqu'à ce que le demandeur ait été déclaré fondé dans son action, le défendeur est censé ne rien lui devoir, de même qu'il n'a rien à prouver, comme le prévoit l'article 1315 du Code civil – nouvel article 1353 du Code.

### B. Modalités du principe

Elles concernent la détermination du for et l'hypothèse d'une pluralité de défendeurs (articles 42, alinéa 2 et 3, et 43 du Code de procédure civile).

#### 1. Détermination du for

Elle s'opère différemment suivant que le défendeur est une personne physique ou une personne morale.

##### a. Défendeur personne physique

Pour la personne physique, le lieu où elle demeure est son domicile ou, à défaut, sa résidence (article 43 du Code de procédure civile). Il s'apprécie au jour de l'introduction de la demande<sup>1</sup>. Son changement en cours d'instance ne saurait donc modifier la compétence du tribunal régulièrement saisi<sup>2</sup>. Il se peut néanmoins que le défendeur n'ait ni domicile ni résidence connu, hypothèse que le Code de procédure civile envisage également.

##### α) Domicile

Selon la définition qu'en donne l'article 102, alinéa 1er, du Code civil, le domicile d'un individu est « *le lieu où il a son principal établissement* ». La détermination du domicile d'une personne est une question de fait<sup>3</sup> relevant de l'appréciation souveraine des juges du fond<sup>4</sup>.

En cas de discordance entre le domicile réel et le domicile officiel, la jurisprudence reconnaît la possibilité au demandeur de se prévaloir de la théorie de l'apparence<sup>5</sup>.

S'agissant des gens du voyage ou les forains, ils possèdent un carnet d'immatriculation qui nomme la commune à laquelle ils ont souhaité leur rattachement et qui vaut domicile.

##### β) Résidence

Dans l'hypothèse où le défendeur n'a pas de domicile connu, le lieu où il demeure s'entend, « *à défaut* », de celui de sa résidence (article 43 du Code de procédure civile). La résidence se distingue du domicile par le fait qu'elle est un lieu d'habitation momentanée, à la durée variable<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Civ. 2, 25 février 1971, *B. II*, n° 66 ; Civ. 2, 7 janvier 1976, *B. II*, n° 272 ; Civ. 1, 12 février 1980, *B. I*, n° 50 ; Civ. 2, 2 décembre 2010, n° 09-71435.

<sup>2</sup> Req. 30 décembre 1984, *D.P.* 85, 1, 421.

<sup>3</sup> Req. 21 novembre 1905, *D.P.* 1906, 1, 20.

<sup>4</sup> Civ. 1, 12 février 1980, *B. I*, n° 50 ; Civ. 1, 22 novembre 1989, *B. I*, n° 359.

<sup>5</sup> Req. 26 avril 1921, *S.* 1921, 1, 313 ; Civ. 1, 31 janvier 1968, *B. I*, n° 41 ; Com. 19 février 2008, n° 06-19409 ; Civ. 2, 2 décembre 2010, préc.

<sup>6</sup> Perrot, *op. cit.*, t. I, p. 195.

En bref, la résidence est un lieu plus précaire que le domicile. Sa détermination, comme celle du domicile, est laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond<sup>1</sup>.

χ) Absence de domicile ou de résidence connu

Selon l'article 42, alinéa 3, en l'absence de domicile ou de résidence connu, le demandeur peut saisir la juridiction du lieu où il demeure et s'il demeure à l'étranger, il choisira la juridiction qu'il veut.

b. Défendeur personne morale

Le critère retenu de localisation de la personne morale est celui de son siège social, mais la jurisprudence dite des « gares principales » permet d'en neutraliser les effets pervers.

α) Critère du lieu du siège social

Si le défendeur est une personne morale, le lieu où celle-ci demeure s'entend du lieu où elle « *est établie* » (article 43 du Code de procédure civile). On comprend cette formule comme désignant le lieu du siège social de la personne morale, au jour de l'introduction de la demande<sup>2</sup>.

Il arrive cependant que le siège réel de la personne morale, comprenant les organes de direction, diffère du siège statutaire. En ce cas, là encore en application de la théorie de l'apparence, le demandeur dispose d'une option entre les deux sièges pour localiser le lieu d'établissement de la personne morale, notamment au regard de la compétence territoriale<sup>3</sup>.

β) Théorie des gares principales

Les plus grandes sociétés ont leur siège social à Paris pour des raisons de prestige, mais leurs activités s'étendent sur la totalité du territoire par l'intermédiaire de succursales et d'agences. Aussi, retenir uniquement la compétence du tribunal du lieu du siège social entraînerait-il de graves inconvénients<sup>4</sup> :

- inconvénient pour le demandeur, systématiquement obligé de se déplacer pour plaider dans la capitale,
- inconvénient au regard d'une bonne administration de la justice, du fait de l'encombrement supplémentaire du rôle des juridictions parisiennes qui en découlerait.

Pour remédier à ces inconvénients, la jurisprudence a élaboré la théorie, connue sous le nom de « jurisprudence des gares principales ». Les personnes morales sont censées être établies partout où un établissement ou une succursale importante est installé. Cette jurisprudence s'est dégagée à la fin du dix-neuvième siècle, à propos de litiges avec les compagnies de chemin de fer<sup>5</sup> : les tribunaux ont admis qu'une compagnie était établie partout où elle avait une « gare principale », d'où le nom donné à ladite jurisprudence. Elle s'est depuis étendue à toutes les personnes morales, sociétés mais aussi autres groupements tels des associations<sup>6</sup> ou des fondations. Le Code de procédure civile ne l'a pas remise en cause.

Ex. possibilité d'assigner une banque devant le tribunal du lieu où une agence ou une succursale est établie.

Il convient de préciser les conditions d'application de cette jurisprudence et ses effets.

- Conditions d'application de la théorie des gares principales

<sup>1</sup> Civ. 1, 4 janvier 1984, B. I, n° 4.

<sup>2</sup> Com. 15 janvier 1991, n° 89-11810 ; Paris 30 novembre 1965, D. 1966, J. 243 ; Versailles 30 mai 2002, RG n° 01/05894.

<sup>3</sup> Sur cette option, cf. article 1837, alinéa 2, du Code civil en matière de sociétés ; sur son application à la compétence territoriale, cf. Paris 17 octobre 1980, JCP 1981, IV, 374 ; comp. Civ. 2, 24 avril 1981, Gaz. Pal. 1981, 2, 601, note J. Viatte : la demeure d'une société civile agricole est située au lieu de son siège social où se réunissent les assemblées générales, et non à celui où elle a ses centres d'exploitation ; Civ. 2, 31 mars 2011, n° 10-20284 : « le lieu où demeure le défendeur, personne morale, doit s'entendre du lieu où sont effectivement exercées et de manière stable, les fonctions de direction de celle-ci ».

<sup>4</sup> Perrot, *op. cit.*, t. I, p. 196.

<sup>5</sup> Req. 15 avril 1893.

<sup>6</sup> Civ. 1, 13 mars 1990, n° 87-17400.

Pour que la théorie joue, deux conditions doivent être remplies, sur la réunion desquelles la Cour de cassation exerce un contrôle de la motivation des décisions des juges du fond<sup>1</sup> :

- L'établissement doit jouir d'une autonomie suffisante par rapport au siège social<sup>2</sup>.
- L'établissement doit être impliqué dans le litige<sup>3</sup>.

- Effets de la théorie des gares principales

La compétence du tribunal du lieu où la personne morale dispose d'un établissement ou d'une succursale ne fait pas disparaître celle du tribunal du lieu du siège social. En d'autres termes, le demandeur dispose d'une option entre l'un et l'autre de ces deux tribunaux pour porter son action<sup>4</sup>.

## 2. Pluralité de défendeurs

Le Code de procédure civile pose un principe, dont la jurisprudence subordonne l'application à une condition fondamentale.

### a. Énoncé du principe

En cas de pluralité de défendeurs, le demandeur choisit le tribunal du domicile de n'importe lequel des défendeurs, à sa discrétion : « *S'il y a plusieurs défendeurs, le demandeur saisit, à son choix, la juridiction du lieu où demeure l'un d'eux* » (article 42, alinéa 2, du Code de procédure civile).

Ex. un défendeur est domicilié à Basse-Terre, l'autre à Bordeaux, le troisième à Douai. Le demandeur peut assigner ses trois adversaires à son choix devant l'une des trois juridictions matériellement compétente, dans le ressort territorial de laquelle chacune de ces villes.

Motif : cette règle traditionnelle, qui figurait déjà dans l'article 59, alinéa 4, de l'ancien Code de procédure civile, se justifie aisément. Il serait en effet contraire à une bonne administration de la justice d'obliger le défendeur à former des demandes distinctes devant des tribunaux différents. Une telle obligation serait source de frais supplémentaires importants et exposerait au risque d'une contrariété de décisions. Il est donc préférable de concentrer le litige devant un même tribunal, dont le choix revient au demandeur lui-même.

### b. Condition d'application du principe

Le principe ne joue que si les différentes demandes sont unies entre elles par un lien d'indivisibilité<sup>5</sup>. En d'autres termes, il faut que la question à juger soit la même pour toutes les parties.

Cette condition est traditionnelle : la jurisprudence l'avait déjà posée sous l'empire des anciens textes<sup>6</sup>. En effet, si les différentes demandes sont étrangères les unes aux autres, leur réunion devant une même juridiction apparaît arbitraire. En l'absence de risque de contrariété de décisions, une telle facilité ne saurait donc être offerte au demandeur.

Malgré le silence du Code de procédure civile actuel, la condition a été maintenue par la jurisprudence actuelle<sup>7</sup>, car elle se justifie par la raison d'être du choix accordé au demandeur

<sup>1</sup> Civ. 2, 27 mai 1988, *B. II*, n° 123 ; Com. 21 mars 1995, *B. IV*, n° 93 ; Civ. 2, 6 avril 2006, n° 04-17749, *B. II*, n° 100 ; *JCP E* 2006, 1414, note J.-P. Legros.

<sup>2</sup> Cf. Civ. 2, 20 octobre 1965, *B. II*, n° 762 ; Com. 21 mars 1995, préc. et Com. 13 février 1990, n° 88-12566 : présence d'un représentant pouvant agir au nom de la société et traiter avec les tiers au nom de celle-ci ; Lyon 18 février 2014, RG n° 13/07989, *Bacaly (Bulletin des arrêts de la cour d'appel de Lyon)*, n° 5, janvier-juin 2014, obs. Bl. Rolland : compétence de la juridiction du lieu du siège social d'un établissement de crédit, la succursale de ce dernier n'ayant qu'un rôle secondaire, de nature purement administrative, dans la gestion des opérations de crédit.

<sup>3</sup> Civ. 2, 24 janvier 1958, *B. II*, n° 77 ; Civ. 1, 15 novembre 1983, *B. I*, n° 269 ; Com. 12 janvier 1988, *B. IV*, n° 13 ; Civ. 2, 10 juillet 1996, *B. II*, n° 198 ; Com. 18 mars 1997, n° 95-19195, solution implicite ; Civ. 2, 17 janvier 1999, n° 96-19334, sol. implicite.

<sup>4</sup> Paris 27 novembre 1924, *D.H.* 1925, 48.

<sup>5</sup> Civ. 2, 28 mars 1973, *B. II*, n° 114.

<sup>6</sup> Civ. 2, 25 mai 1969, *B. II*, n° 93 : « *il suffit, pour que le demandeur soit fondé à se prévaloir de la prorogation de compétence territoriale prévue par l'article 59, alinéa 4, du code de procédure civile, qu'il exerce une action directe et personnelle contre chacune des parties assignées, sans qu'il soit nécessaire que la demande repose sur le même titre à l'égard de chacune d'elles, pourvu que la question à juger soit la même pour toutes, quelle que soit d'ailleurs la mesure en laquelle chacune est engagée* ».

<sup>7</sup> Civ. 1, 8 février 1983, *B. I*, n° 51 ; *RTD civ.* 1984, 156, obs. J. Normand ; Com. 7 avril 1987, *B. IV*, n° 86 ; Civ. 2, 10 mars 2004,

confronté à une pluralité de défendeurs. Elle suppose, pour être satisfaite, qu'une véritable demande soit formée à l'encontre de chaque défendeur<sup>1</sup>. Mais peu importe que les différents défendeurs soient tenus à des titres différents<sup>2</sup>.

Ex. action en responsabilité *in solidum* contre les co-auteurs d'un dommage unique, à la réparation duquel ils sont obligés à des titres différents.

## § 2 Tempéraments et dérogations au principe

Le principe de la compétence de la juridiction du for du défendeur connaît des tempéraments qui en atténuent la rigueur, ainsi que d'assez nombreuses exceptions.

### A. Tempéraments au principe

Il arrive que le législateur reconnaisse au demandeur une option, en lui permettant de choisir, au mieux de ses intérêts, soit le tribunal du for du défendeur, soit une autre juridiction. La règle traditionnelle n'est donc pas écartée, mais simplement assouplie au profit du demandeur. Prévus aux articles 46 et suivants du Code de procédure civile, ainsi que dans d'autres dispositions, ces assouplissements sont assez nombreux. Si le Code de procédure civile a repris, à cet égard, le droit antérieur dans ses grandes lignes, il lui a néanmoins apporté des modifications importantes.

Dès lors qu'elle viennent tempérer le principe fondamental de la compétence du for du défendeur, « *les options de compétence territoriale ouvertes au demandeur par l'article 46 du nouveau code de procédure civile [...] sont d'interprétation stricte* », comme le souligne la Cour de cassation<sup>3</sup>.

#### 1. Matière contractuelle<sup>4</sup>

Outre la juridiction du lieu où demeure le défendeur, le demandeur peut également choisir la juridiction (article 46 du Code de procédure civile) :

- du lieu de livraison effective de la chose, ce qui doit s'entendre, selon la Cour de cassation, « *de celui où la livraison a été ou doit être effectuée* »<sup>5</sup>
- ou du lieu d'exécution de la prestation de service<sup>6</sup>. Selon la Cour de cassation, le paiement en argent d'une obligation n'est pas une prestation de service<sup>7</sup>.

L'idée générale est d'attribuer compétence, serait-ce à titre facultatif, à la juridiction du lieu d'exécution du contrat, au *forum executionis contractus*, comme disent les internationalistes.

Motif : ce tribunal peut être le mieux placé pour statuer, notamment si une expertise doit être diligentée dans l'hypothèse de la mauvaise exécution d'une obligation contractuelle.

B. II, n° 107.

<sup>1</sup> Civ. 2, 15 mars 1968, B. II, n° 87 ; Civ. 2, 10 juillet 1996, B. II, n° 198.

<sup>2</sup> Civ. 2, 25 mai 1969, préc. ; Civ. 2, 28 mars 1973, préc. ; Civ. 2, 7 novembre 1994, B. II, n° 222.

<sup>3</sup> Civ. 2, 7 juin 2006, n° 04-20316, B. II, n° 149 ; JCP 2006, I, 183, obs. Y.-M. Serinet ; *Procédures* 2006, n° 175, note R. Perrot ; *ibid.*, n° 241, note H. Croze ; *RLDC* 2006/31, n° 2446, obs. L. Miniato ; *Dr. et patrimoine* 2007, p. 117, obs. S. Amrani-Mekki ; *RTD civ.* 2007, 174, obs. Ph. Théry ; Civ. 2, 8 février 2007, n° 06-10488 ; Civ. 2, 5 avril 2007, n° 06-13963 ; Civ. 2, 24 janvier 2008, n° 07-11843 ; Civ. 2, 22 mai 2008, n° 07-14964 ; Civ. 2, 26 juin 2008, n° 07-12605 ; Civ. 2, 3 juillet 2008, n° 07-15751.

<sup>4</sup> H.-D. Cosnard « La compétence territoriale en matière contractuelle », in : *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, 207.

<sup>5</sup> Civ. 2, 18 janvier 2001, n° 96-20912, B. II, n° 10 ; *Procédures* 2001, n° 56, note R. Perrot ; comp., exigeant une livraison effectivement réalisée, pour que l'article 46 reçoive application : Com. 3 novembre 1988, n° 86-19073, B. IV, n° 291 ; *Gaz. Pal.* 1989, 1, *somm.* 252, obs. S. Guinchard et T. Moussa ; *RTD civ.* 1989, 376, obs. J. Normand ; Com. 14 juin 1994, n° 92-22017, B. IV, n° 221. Pour une application à l'action rédhitoire, malgré l'autonomie de la garantie des vices cachés par rapport à la responsabilité contractuelle de droit commun, cf. Com. 22 juin 1999, n° 98-11882.

<sup>6</sup> Cf. par ex. Civ. 3, 4 novembre 1999, n° 98-12318, *Procédures* 2000, n° 230, note Ch. Laporte : prestations d'un architecte ; Civ. 2, 12 juillet 2012, n° 11-19188 : prestations d'expertise comptable ; Com. 15 janvier 2013, n° 11-27238 : prestation consistant en une aide à la remise en cause d'une décision de préemption d'un bien immobilier émanant d'une mairie.

<sup>7</sup> Civ. 2, 13 janvier 1982, n° 80-14663, B. II, n° 7 ; Civ. 2, 22 juin 1988, n° 87-11543, B. II, n° 152 : encaissements de cotisations ou paiement d'allocations par un organisme de retraite ; Com. 9 mars 1999, n° 96-14259, B. IV, n° 56 : remise de sommes en exécution d'un contrat de prêt bancaire. En revanche, la tenue d'un compte bancaire, sur lequel une autorisation de découvert a été consentie en exécution d'un prêt, constitue une prestation de service au sens de l'article 46 (Com. 9 mars 1999, préc.).

L'article 46, alinéa 2, étant d'interprétation stricte, encore faut-il néanmoins, pour que l'option de compétence qu'il institue soit ouverte au demandeur, que le contrat dans lequel le litige trouve son origine, relève bien de la vaste catégorie des contrats prévoyant la livraison d'une chose ou l'exécution d'une prestation de services<sup>1</sup>. Il ne suffit donc pas que le litige porte sur la « *matière contractuelle* », pour que le texte soit applicable. *A fortiori* le texte ne saurait-il être étendu ni à une action fondée sur un quasi-contrat<sup>2</sup>, ni au lieu de conclusion du contrat<sup>3</sup>.

Encore faut-il, en outre, pour que l'option de compétence s'applique à propos d'un contrat relevant de la première catégorie visée à l'article 46, alinéa 2, que ce contrat ait bien prévu la livraison effective d'une chose. Ainsi, lorsque la marchandise est simplement restée à la disposition de l'acquéreur dans les locaux du vendeur, où l'acquéreur est obligé de les retirer en application de la règle, supplétive de volonté, de la vente sur place (articles 1342-6 et 1609 du Code civil), elle n'a pas, selon la Cour de cassation, fait l'objet d'une livraison effective. Dès lors, ces locaux ne sauraient être considérés comme un lieu de livraison ouvrant l'option de compétence<sup>4</sup>.

Sous ces réserves imposées par la lettre de la disposition légale, celle-ci s'applique non seulement à l'action en exécution du contrat<sup>5</sup> – lors même que le défendeur en contesterait l'existence<sup>6</sup> –, mais encore à l'action en nullité du contrat<sup>7</sup> comme à l'action en résolution ou à l'action en responsabilité contractuelle<sup>8</sup>. Toutes ces actions relèvent bien, en effet, de la « *matière contractuelle* ».

La compétence du tribunal résultant de l'article 46, alinéa 2, s'étend en outre aux demandes connexes qui relèveraient normalement de la compétence du tribunal du for du défendeur, en application de l'article 42 du Code de procédure civile<sup>9</sup>.

## 2. Matière délictuelle<sup>10</sup>

L'article 46 offre au demandeur le choix entre saisir la juridiction du lieu où le fait dommageable s'est produit ou bien celle du lieu où le dommage a été subi. L'hypothèse correspond à une dissociation entre le lieu du fait dommageable et celui où se produisent ses conséquences<sup>11</sup>.

Ex. fiancée avisée d'une rupture de fiançailles par la réception d'une lettre ou d'un texto.

Motif : protection de la victime et bonne administration de la justice, le tribunal du lieu du dommage étant le mieux placé si des expertises ou des enquêtes doivent être ordonnées.

Bien que l'article 46 n'évoque que la « *matière délictuelle* », la solution mérite d'être étendue, par identité de raison, à la matière quasi-délictuelle, c'est-à-dire à l'hypothèse où la faute imputée au défendeur est une simple imprudence ou négligence. L'alignement du régime de la responsabilité quasi-délictuelle sur celui de la responsabilité délictuelle est en effet une constante

<sup>1</sup> Civ. 2, 27 juin 2019, n° 18-19466 (P) : inapplicabilité de l'article 46 du code de procédure civile à l'action en paiement d'une somme au titre d'une clause pénale et de dommages-intérêts pour inexécution d'un « compromis de vente », au motif que celui-ci ne prévoyait ni livraison d'une chose, ni exécution d'une prestation de services.

<sup>2</sup> Civ. 2, 7 juin 2006, Civ. 2, 8 février 2007, Civ. 2, 5 avril 2007, Civ. 2, 24 janvier 2008, Civ. 2, 22 mai 2008 et Civ. 2, 26 juin 2008, préc. : quasi-contrat obligeant une société de vente par correspondance à verser le lot annoncé au destinataire d'une publicité. C'est un effet pervers de cette jurisprudence contestée, qui a fondé l'obligation de la société de vente par correspondance sur un quasi-contrat, au lieu de la dériver de l'ancien article 1382 du Code civil – aujourd'hui article 1240 nouveau du Code civil. Si, en effet, l'annonce de la société de vente par correspondance était qualifiée de fautive, le consommateur déçu pourrait user de l'option que l'article 46 du Code de procédure civile lui reconnaît en matière délictuelle, en choisissant, à son gré, le tribunal du lieu du fait générateur du dommage ou celui du lieu où le dommage est subi, lequel se confond avec le lieu où il demeure, plutôt que le tribunal du lieu du siège social de la société. Mais il est vrai qu'il ne pourrait alors obtenir que des dommages-intérêts à raison du préjudice consistant en une espérance déçue, et non le versement du lot. C'est pour cette dernière raison que la Cour de cassation a préféré fonder l'obligation de la société de vente par correspondance sur la notion de quasi-contrat.

<sup>3</sup> Com. 8 juin 1999, n° 97-13625.

<sup>4</sup> Com. 4 juin 1994, n° 92-22017, B. IV, n° 221.

<sup>5</sup> Cf. par ex. Civ. 3, 4 novembre 1999 et Civ. 2, 12 juillet 2012, préc.

<sup>6</sup> Com. 15 janvier 2013, préc. : « *L'option de compétence prévue par l'article 46, alinéa 2, du code de procédure civile a vocation à s'appliquer lorsque le litige porte sur l'existence du contrat* ».

<sup>7</sup> Civ. 2, 1er juillet 1999, n° 97-20597, B. II, n° 128 ; D. 2000, J. 659, note J.-P. Langlade-O'Sughrue ; *Procédures* 1999, n° 248, obs. H. Croze ; Civ. 1, 11 février 2010, n° 09-11428 : action en nullité d'une transaction relative à l'exécution d'une prestation de service contractuelle.

<sup>8</sup> Com. 22 juin 1999, préc., pour une action réhabilitatoire dans la vente.

<sup>9</sup> Civ. 2, 18 juin 2009, n° 08-18753, B. II, n° 163 : le tribunal du lieu d'exécution de la prestation de service est compétent non seulement pour connaître d'une demande en paiement de commission, mais encore de celle, dont la connexité avec la première n'est pas contestée, en paiement d'une indemnité de fin de mandat.

<sup>10</sup> R. Martin « Sur la compétence territoriale en matière délictuelle », *Procédures* 1996, chr. 6 ; L. Raschel, *Le droit processuel de la responsabilité civile*, thèse Paris 1, 2008.

<sup>11</sup> Cf. par ex. Civ. 2, 6 janvier 2012, n° 10-20788, B. II, n° 3 ; Soc. 22 janvier 2014, n° 12-27478, B. V, n° 31.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Panthéon-Assas  
Licence droit 3ème année Melun 2023-2024

du droit français. Du reste, la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations issue de l'ordonnance du 10 février 2016 a déplacé les articles 1382 et 1383 du Code civil, insérés dans le chapitre II du titre IV du livre III du Code civil intitulé « *Des délits et quasi-délits* », dans un sous-titre II du titre III du Code civil intitulé « *La responsabilité extra-contractuelle* » (articles 1240 et 1241 nouveaux du Code civil). La distinction purement nominale entre le délit et le quasi-délit a donc disparu du Code civil avec l'ordonnance du 10 février 2016, applicable à compter du 1er octobre 2016. En revanche, la disposition légale étant d'interprétation stricte, ne saurait, là encore, être étendue par analogie des délits et quasi-délits aux quasi-contrats<sup>1</sup>. Elle ne saurait davantage être étendue par analogie à la responsabilité contractuelle<sup>2</sup> : cette dernière relève de l'option prévue par l'article 46 en matière contractuelle, lorsque, du moins, les conditions en sont remplies, à savoir que le contrat prévoit la livraison d'une chose ou l'accomplissement d'une prestation de service<sup>3</sup>.

Si les faits dommageables ont été commis par voie de presse, ils seront localisés en tous endroits où la publication litigieuse est diffusée, serait-ce sur l'ensemble du territoire<sup>4</sup>. S'ils ont été commis sur internet, ils seront localisés partout où les pages internet seront accessibles, serait-ce sur l'ensemble du territoire<sup>5</sup>.

La victime dispose de l'option de l'article 46, alinéa 3, du Code de procédure civile, y compris lorsqu'elle intente son action à l'encontre de plusieurs défendeurs, dont elle recherche la responsabilité, le plus souvent *in solidum*. En effet, s'il résulte de l'article 42, alinéa 2, du Code de procédure civile qu'en cas de pluralité de défendeurs, le demandeur saisit, à son choix, la juridiction du lieu où demeure l'un d'eux, cette faculté n'est pas exclusive de celle, que lui confère l'article 46, alinéa 3, de saisir, en matière délictuelle, outre la juridiction du lieu où demeure le défendeur, la juridiction du lieu du fait dommageable ou celle dans le ressort de laquelle le dommage a été subi, lorsque cette juridiction est, à ce titre, compétente à l'égard de tous les défendeurs<sup>6</sup>.

Si le dommage a été subi en plusieurs endroits, la victime peut saisir, à son choix, le tribunal dans le ressort duquel le dommage a été notamment subi<sup>7</sup>.

Remarque : dans sa rédaction initiale, remontant à 1976, l'article 46 permettait à la victime de saisir « *en matière délictuelle, la juridiction du lieu du fait dommageable ou celle dans le ressort de laquelle le dommage est subi* ». Pour certains auteurs et certaines juridictions, la formule « *le dommage est subi* » devait s'entendre du dommage actuellement subi, ce qui revenait à attribuer indirectement compétence au tribunal du lieu du domicile du demandeur personne physique ou du lieu du siège social du demandeur personne morale, à rebours des dispositions des articles 42 et 43 du Code de procédure civile. Pour mettre fin à cette admission de la « douleur ambulatoire »<sup>8</sup>, un décret du 12 mai 1981 a modifié la rédaction du texte, en substituant l'expression « *le dommage a été subi* » à l'expression « *le dommage est subi* ». Comme l'a décidé, à plusieurs reprises, la Cour de cassation depuis, l'expression de juridiction dans « *le ressort de laquelle le dommage a été subi* » correspond au lieu de survenance du dommage, par opposition au lieu du domicile de la victime<sup>9</sup>. Cependant, lorsque le dommage est causé à distance – diffamation ou atteinte à la vie privée par voie de presse, dommage subi par une personne morale ayant son siège ailleurs qu'au lieu du fait dommageable, par exemple –, le lieu où le dommage a été subi se confond avec celui où la victime a son domicile, sa résidence ou son siège social s'il s'agit d'une personne morale<sup>10</sup>.

<sup>1</sup> Civ. 2, 3 juillet 2008, préc. : quasi-contrat en matière de loterie publicitaire.

<sup>2</sup> Com. 19 mars 1996, n° 94-11489, *Procédures* 1996, n° 171, obs. R. Perrot

<sup>3</sup> Com. 22 juin 1999, préc.

<sup>4</sup> Civ. 2, 7 octobre 1992, *B. II*, n° 228.

<sup>5</sup> Com. 7 juillet 2009, n° 08-17135, *B. IV*, n° 95 ; *Procédures* 2009, n° 301, obs. R. Perrot ; *ibid.*, n° 313, obs. C. Nourissat ; *Gaz. Pal.* 5-6 février 2010, 43, note V. Brunot ; Com. 31 janvier 2012, n° 11-12181 ; *cf.* déjà, pour un service télématique : Com. 7 mars 2000, *B. IV*, n° 48. Mais la solution est incertaine en matière de compétence internationale. Pour la Chambre commerciale de la Cour de cassation, les pages internet doivent avoir « ciblé » le public français pour que les juridictions françaises soient compétentes (Com. 29 mars 2011, n° 10-12272, *Procédures* 2011, n° 195, obs. R. Perrot ; *D.* 2012, *Pan.* 1237, obs. F. Jault-Seske ; *Gaz. Pal.* 22-23 juillet 2011, 38, obs. A.-S. Cantreau et J. Feuvrier-Laforêt ; Com. 20 septembre 2011, n° 10-16569, *Gaz. Pal.* 15-16 février 2012, 22, obs. L. Marino ; Com. 3 mai 2012, aff. *eBay*, n° 11-10508, *B. IV*, n° 89 ; *D.* 2012, 1261, obs. C. Manara ; *ibid.* 1684, *Point de vue* L. Mauger-Vielpeau ; *ibid.* 2331, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; *ibid.* 2343, obs. J. Larrieu, C. Le Stanc et P. Tréfigny ; *ibid.* 2836, obs. P. Sirinelli ; *ibid.* 2014, 338, obs. N. Martial-Braz ; *Gaz. Pal.* 2012, 2246, note L. Marino ; *JCP* 2012, 789, note A. Debet ; *ibid. E.*, 2013, 1074, obs. Ch. Caron ; *CCC* 2013, *chr.* 1, note M.-E. Ancel). Au contraire, selon la première Chambre civile, laquelle étend purement et simplement l'option de compétence de l'article 46 du Code de procédure civile à l'ordre international, l'accessibilité du site internet dans le ressort territorial de la juridiction française saisie, suffit à justifier la compétence de cette juridiction, prise comme celle du lieu de la matérialisation du dommage allégué (Civ. 1, 18 octobre 2017, n° 16-10428, *B. I*, n° 219 ; *CCE* 2018, *chr.* 1, n° 4, obs. M.-E. Ancel). *Cf.* E. Martin-Hocquenghem « Le principe de la territorialité de la loi pénale et les infractions commises sur Internet », in : *La communication numérique, un droit, des droits*, ouvrage collectif direction de B. Teyssié, Editions Panthéon-Assas, 2012, p. 495 et suiv., p.511-512.

<sup>6</sup> Com. 7 juillet 2009, n° 08-16633, *B. IV*, n° 96 ; *D.* 2009, 1961, obs. E. Chevrier ; *CCC* 2009, n° 220, note N. Mathey ; *Procédures* 2010, n° 349, note R. Perrot.

<sup>7</sup> Soc. 22 janvier 2014, n° 12-27478, *B. V*, n° 31, préc.

<sup>8</sup> Héron, Le Bars et Salhi, *op. cit.*, n° 984.

<sup>9</sup> Civ. 2, 28 février 1990, n° 88-11320, *B. II*, n° 46 ; Com. 8 février 2000, n° 98-13282, *Procédures* 2000, n° 88, obs. R. Perrot ; surtout : Civ. 2, 16 juillet 2020, n° 19-18795 (P) ; *D. Actu.* 18 septembre 2020, obs. C. Bléry. *Cf.* toutefois, pour une hypothèse d'aggravation du dommage postérieure à l'accident : TGI Marseille 20 avril 1982, *JCP* 1983, IV, 260.

<sup>10</sup> *Cf.* par ex. Com. 7 avril 1998, n° 96-14089 ; Civ. 2, 6 janvier 2012, *B. II*, n° 3 : compétence du tribunal du lieu du siège social de la société victime d'un préjudice ; Civ. 2, 11 avril 2013, n° 12-16863 : compétence du tribunal du lieu du siège social d'une société agissant en réparation du préjudice causé par la rupture intempestive de pourparlers ; Soc. 22 janvier 2020, n° 17-31266 (P) .

### 3. Matière mixte immobilière

Ce tempérament concerne les actions mixtes, qui se caractérisent par le fait que la demande porte à la fois sur un droit personnel et sur un droit réel<sup>1</sup>, telle l'action en nullité ou en résolution d'une vente d'immeuble<sup>2</sup>, l'action en délivrance d'un immeuble vendu, etc...<sup>3</sup>. Le demandeur dispose alors d'une option entre le tribunal du lieu où demeure le défendeur et le tribunal du lieu de situation de l'immeuble.

Motif : l'option reflète l'hybridité de l'action, à la fois personnelle et réelle, on l'a vu.

L'option n'existe qu'en matière mixte immobilière. En effet, le défendeur à une action mixte mobilière est le détenteur du meuble litigieux. Or, selon l'adage traditionnel, « *mobilis sequuntur personam* », les meubles sont localisés au domicile de leur détenteur. On en revient donc au critère de compétence tiré du lieu du domicile du défendeur.

### 4. Aliments et contribution aux charges du mariage

Le créancier peut opter, s'il le veut, pour le tribunal du lieu de son domicile ou de sa résidence, selon l'article 46 du Code de procédure civile. Là encore, on est en présence d'une consécration du *forum actionis*.

Motif : protection du créancier alimentaire ou du conjoint.

En revanche, si pour engager une procédure de paiement direct, le créancier s'adresse à tout huissier du lieu de sa résidence, les contestations élevées à propos d'une telle procédure sont de la compétence du juge de l'exécution du lieu du domicile du débiteur, en vertu de l'article R. 213-6 du Code des procédures civiles d'exécution. Jadis la connaissance de ces contestations relevait *ratione materiae* de la compétence du tribunal d'instance. Mais le décret du 29 décembre 2009 la lui avait retiré, pour la transférer au juge de l'exécution.

### 5. Procès impliquant des gens de justice<sup>4</sup>

Aux termes de l'article 47 du Code de procédure civile :

« Lorsqu'un magistrat ou un auxiliaire de justice est partie à un litige qui relève de la compétence d'une juridiction dans le ressort de laquelle celui-ci exerce ses fonctions, le demandeur peut saisir une juridiction située dans un ressort limitrophe.  
« Le défendeur ou toutes les parties en cause d'appel peuvent également demander le renvoi devant une juridiction choisie dans les mêmes conditions »

On examinera le contenu de la règle et la nature procédurale du moyen tiré de l'application de l'article 47.

#### a. Contenu de la règle

L'option de l'article 47 permet à celui qui s'en prévaut, d'obtenir le dépaysement de l'affaire, soit en saisissant une juridiction située dans un ressort limitrophe, soit en demandant le renvoi devant une telle juridiction<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Cf. *supra* : Titre I « L'action en justice », chap. I « Généralités sur l'action en justice », section 3 « Classification des actions en justice ».

<sup>2</sup> Req. 12 mai 1926, S. 1926, 1, 211 ; Civ. 1, 8 février 1959, B. I, n° 81 ; Civ. 3, 8 décembre 1993, n° 91-22123, B. III, n° 166 : action en rescision pour lésion ; Lyon 21 février 2012, RG 11/07258. En revanche, l'action du vendeur aux fins de voir constater la réalisation de la vente d'un immeuble et d'obtenir, en conséquence, la condamnation de l'acquéreur à en payer le prix, n'est qu'une action purement personnelle et mobilière, de la compétence du tribunal du for du défendeur (Civ. 2, 27 mai 1974, n° 73-12776, B. II, n° 181). A l'inverse, l'action en annulation d'un jugement d'adjudication d'un immeuble est une action réelle, étrangère à la matière mixte de l'article 46, et soumise à l'article 44 du code de procédure civile donnant compétence exclusive au tribunal du lieu de situation de l'immeuble en matière réelle (Civ. 2, 19 novembre 2008, n° 08-10250, B. II, n° 248).

<sup>3</sup> Civ. 2, 24 avril 1981, n° 79-16880, B. II, n° 104 ; *Gaz. Pal.* 1981, 2, 60, note J. Viatte ; *ibid.*, 2, 726, obs. A. Bénabent et J.-Cl. Dubarry.

<sup>4</sup> J. Viatte « La compétence juridictionnelle et les procès des gens de justice », *Gaz. Pal.* 1976, *doctr.* 270.

<sup>5</sup> En revanche, si le client exerce l'action directe que l'article L. 124-3 du Code des assurances lui ouvre à l'encontre de l'assureur de responsabilité de l'avocat, sans mettre en cause ce dernier – cette mise en cause n'est pas indispensable, selon la jurisprudence (Civ. 1, 7 novembre 2000, n° 97-22582, B. I, n° 274 ; Civ. 1, 18 décembre 2001, n° 99-10298 ; Civ., 1ère, 27 janvier 2004, n° 02-12972) – l'article 47 est inapplicable (Civ. 2, 7 juillet 2011, n° 10-20712). En effet, il ne s'applique que si « un magistrat ou un



Elle est ouverte, selon le texte :

- au demandeur comme au défendeur,
- au magistrat ou à l'auxiliaire de justice, qui invoque alors une sorte de privilège de juridiction, comme à son adversaire.

Ex. action en responsabilité civile professionnelle d'un client à l'encontre de son ex-avocat, inscrit au barreau de Saint-Quentin (Aisne). Au lieu de porter son action devant le tribunal judiciaire de Saint-Quentin, il pourra saisir le tribunal judiciaire de Cambrai (Nord). En effet, cette juridiction a un ressort limitrophe de celui du tribunal judiciaire de Saint-Quentin. Si la victime choisit néanmoins d'engager son action devant le tribunal judiciaire de Saint-Quentin, l'avocat, défendeur au procès, pourra lui-même solliciter le dépaysement de l'affaire, au profit du tribunal judiciaire de Cambrai. S'il existe plusieurs juridictions au ressort territorial limitrophe de celui où l'auxiliaire de justice exerce ses fonctions, il reviendra à la juridiction saisie de choisir discrétionnairement l'une d'entre elles en ordonnant le renvoi de l'affaire<sup>1</sup>.

Motif : assurer l'impartialité de la justice, en évitant que la juridiction où l'auxiliaire de justice ou le magistrat exerce ses fonctions connaissent d'un litige auquel ce dernier est partie.

Le juge est tenu de faire droit à la demande de dépaysement, dès lors que la situation entre dans les prévisions du texte<sup>2</sup>.

b. Nature procédurale du moyen sollicitant le dépaysement de l'affaire<sup>3</sup>

Sans s'arrêter à l'expression « *demande de renvoi* » que le texte emploie, la deuxième Chambre civile a jugé que ce moyen s'analyse techniquement en une exception de procédure<sup>4</sup>. Mais elle a écarté la qualification d'exception d'incompétence<sup>5</sup>, bien que l'article 47 se trouve dans un chapitre du Code de procédure civile consacré à « *La compétence territoriale* ». En n'exigeant pas que le moyen tiré de l'article 47, pour être recevable, soit soulevé *in limine litis*, certaines décisions confortent l'exclusion de la qualification d'exception d'incompétence<sup>6</sup>. Toutefois, s'il est vrai qu'une demande de renvoi peut être formée à tous les stades de la procédure et notamment en appel, aux termes de l'article 47, alinéa 2, elle doit, à peine d'irrecevabilité, être présentée dès que son auteur a eu connaissance de la cause de renvoi<sup>7</sup>.

Selon une partie de la doctrine, l'article 47 instituerait un privilège de juridiction<sup>8</sup>. Aussi le moyen tiré de l'application de ce texte serait-il effectivement irréductible à une exception d'incompétence et constituerait une exception de procédure sui generis<sup>9</sup>. De fait, comme le montre l'exemple de la demande de renvoi pour cause de litispendance ou de connexité<sup>10</sup>, le dessaisissement d'une juridiction au profit d'une autre ne repose pas toujours sur son incompétence.

*auxiliaire de justice est partie à un litige* ». Or, en l'occurrence, l'auxiliaire de justice n'est pas partie au litige.

<sup>1</sup> Civ. 2, 20 janvier 1982, *B. II*, n° 10. Mais le renvoi ne peut être ordonné que devant une juridiction limitrophe : Civ. 2, 10 janvier 2013, n° 11-27480, *B. II*, n° 2.

<sup>2</sup> Civ. 2, 20 juillet 1987, *B. II*, n° 171 ; *Gaz. Pal.* 1987, 2, 719, note A. D. ; *ibid.* 1988, 1, *Somm.* 37, obs. S. Guinchard et T. Moussa ; Civ. 2, 29 janvier 1992, *B. II*, n° 36 ; *Gaz. Pal.* 1993, 1, *Somm.* 3, obs. F. Ferrand et T. Moussa ; Civ. 1, 15 décembre 1993, *B. I*, n° 368 ; *RTD civ.* 1994, 153, obs. J. Normand ; Civ. 2, 18 décembre 1996, *B. II*, n° 288 ; Civ. 2, 7 juin 2006, n° 05-18531, *B. II*, n° 148 ; Civ. 2, 6 janvier 2012, n° 10-27998, *B. II*, n° 4 ; *D.* 2012, 226 ; *Dr. et proc.* 2012, 53.

<sup>3</sup> B. Beignier « L'article 47 du Code de procédure civile : une option ou un privilège ? », *D.* 2012, 825.

<sup>4</sup> Civ. 2, 26 juin 2014, n° 13-20396, *B. II*, n° 155 ; *JCP* 2014, 985, note D. Cholet ; *ibid.* 1232, n° 3, obs. Y.-M. Serinet.

<sup>5</sup> Civ. 2, 15 févr. 1995, n° 93-14317, *B. II*, n° 51 : la décision se prononçant sur le moyen ne pouvait être critiquée par la voie de l'ancien contredit de compétence, mais seulement par un appel ; Soc. 5 décembre 2006, n° 05-44924, *B. V*, n° 368 : même solution ; Civ. 2, 15 octobre 2015, n° 14-22236, *B. II*, n° 231 ; *JCP* 2016, 9, note critique P. Cagnoli : en application des articles 607 et 608 du Code de procédure civile, est irrecevable le pourvoi immédiatement formé contre une décision de cour d'appel s'étant déclarée compétente par application de l'article 47, sans trancher le fond du litige. Bien que l'arrêt ait été rendu avant l'entrée en vigueur du décret n° 2014-1338 du 6 novembre 2014 relatif à la procédure applicable devant la Cour de cassation, cette dernière solution conserve toute sa valeur (Cagnoli, *op. cit.*). En effet, mettant fin aux subtilités du droit antérieur, le nouvel article 607-1 du Code de procédure civile, introduit par ledit décret, déclare recevable le pourvoi en cassation immédiatement formé contre l'arrêt par lequel une cour d'appel se prononce sur la compétence sans statuer sur le fond du litige (E. Baraduc et L. Boré « La simplification de la procédure devant la Cour de cassation – A propos du décret n° 2014-1338 du 6 novembre 2014 », *JCP* 2014, 1242, 1, c). Or l'article 47 n'institue pas une exception d'incompétence, selon la Cour de cassation. Dès lors, conformément aux articles 607 et 608 du Code, l'arrêt d'appel qui statue sur l'exception de l'article 47 sans mettre fin à l'instance, sera insusceptible d'un pourvoi en cassation immédiat, formé indépendamment de celui ultérieurement dirigé contre l'arrêt à intervenir sur le fond.

<sup>6</sup> Soc. 11 juillet 2002, *B. V*, n° 255 ; Bordeaux 24 juin 1999, *D.* 2001, note B. Beignier et Passera.

<sup>7</sup> Civ. 2, 12 avril 2018, n° 17-17241, *B. II*, n° 78 ; *D.* 2018, 855 ; *RTDC* 2018, 961, obs. Ph. Théry.

<sup>8</sup> Cholet, *op. cit.*

<sup>9</sup> Cholet, *op. cit.* ; Cagnoli, *op. cit.*

<sup>10</sup> *Cf. infra* : chap. III « Règlement des incidents de compétence », section 2 « Renvoi pour cause de litispendance ou de connexité ».

Cette qualification d'exception de procédure de la demande formée en application de l'article 47 n'est toutefois pas à l'abri de toute discussion. En effet, le législateur lui-même paraît l'en distinguer, ainsi dans l'article 789, 1°, du Code de procédure civile relatif aux pouvoirs du juge de la mise en état dans la procédure devant le tribunal judiciaire<sup>1</sup>.

## 6. Élection de domicile

Le domicile élu est un domicile fictif, le plus souvent situé dans un lieu où l'auteur du choix n'a aucune attache réelle<sup>2</sup>. Sa détermination est ainsi un pur effet de la volonté, exprimée le plus souvent dans un contrat par une clause d'élection de domicile et indépendante de tout établissement matériel. Le domicile élu ne remplace par le domicile général : c'est un domicile spécial, qui ne supprime le domicile général que pour la convention ou la procédure considérée ; élire domicile n'est pas changer de domicile<sup>3</sup>.

L'article 111 du Code civil autorise effectivement une partie à faire élection de domicile dans un acte juridique, pour la réalisation des significations, demandes et poursuites relatives à cet acte :

*« Lorsqu'un acte contiendra, de la part des parties ou de l'une d'elles, élection de domicile pour l'exécution de ce même acte dans un autre lieu que celui du domicile réel, les significations, demandes et poursuites relatives à cet acte pourront être faites au domicile convenu, et, sous réserve des dispositions de l'article 48 du code de procédure civile, devant le juge de ce domicile. »*

Le demandeur au profit de laquelle l'élection de domicile a été stipulée bénéficiera d'une option entre le tribunal du lieu du domicile du défendeur et celui du lieu du domicile élu<sup>4</sup>. En revanche, si l'élection a été stipulée au profit du défendeur, le demandeur ne pourra signifier les actes qu'au domicile élu et ne pourra l'assigner que devant le tribunal du lieu du domicile élu<sup>5</sup>.

Ce tempérament au principe *actor sequitur forum rei* était expressément prévu dans l'ancien Code de procédure civile, mais le Code de procédure civile actuel ne l'a pas repris. Sans doute est-ce à cause de la prohibition des clauses attributives de compétence sauf entre commerçants (article 48 du Code de procédure civile). En effet, une clause d'élection de domicile constitue indirectement une telle clause. Mais on doit en conclure qu'elle est valable dès lors qu'elle respecte les conditions posées par l'article 48°, comme l'article 111 du Code civil le précise *in fine* (« ... sous réserve des dispositions de l'article 48 du Code de procédure civile... »).

## 7. Référés et ordonnances sur requêtes

On constate un aménagement jurisprudentiel des règles légales de compétence territoriale, très important en pratique. Normalement la compétence territoriale du juge des référés ou du juge des requêtes est calquée sur celle de la juridiction qu'il préside<sup>7</sup>. En effet, il n'est jamais qu'une émanation de cette juridiction. Cependant la jurisprudence ouvre une option au demandeur, en l'autorisant à saisir également le juge des référés du tribunal :

- dans le ressort duquel le fait litigieux s'est produit<sup>8</sup>
- ou dans le ressort duquel les mesures conservatoires ou urgentes doivent être effectuées<sup>9</sup>.

Ces solutions ont été étendues au cas où le juge est saisi sur requête<sup>10</sup>, au lieu de l'être en référé.

<sup>1</sup> Cagnoli, *op. cit.*

<sup>2</sup> Carbonnier, *Droit civil*, t. I, n° 245, p. 461-462.

<sup>3</sup> G. Cornu, *Droit civil – Les personnes*, 13ème éd., Lextenso, 2007, n° 75.

<sup>4</sup> Civ. 1, 17 octobre 1962, *B. I*, n° 430 ; *Gaz. Pal.* 1962, 2, 337.

<sup>5</sup> Civ. 19 janvier 1915, *D.P.* 1919, 1, 40 ; Civ. 3, 28 mars 1977, *B. III*, n° 51 ; *RTD civ.* 1977, 792, obs. P.-Y. Gautier ; Cadiet et Jeuland, *op. cit.*, n° 165 ; Chainais et *alii*, *op. cit.*, n° 1548.

<sup>6</sup> Cadiet et Jeuland, *op. cit.*, *loc. cit.* ; Chainais et *alii*, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>7</sup> Civ. 2, 5 mai 2011, n° 10-20435, *B. II*, n° 104, pour la compétence territoriale du juge des référés ; Civ. 2, 7 juin 2012, *B. II*, n° 101, pour la compétence d'attribution du juge des référés.

<sup>8</sup> Civ. 2, 10 juillet 1991, *B. II*, n° 223.

<sup>9</sup> Civ. 2, 17 juin 1998, *B. II*, n° 200.

<sup>10</sup> Civ. 2, 18 novembre 1992, n° 91-16447, *B. II*, n° 266 ; *D.* 1993, *J.* 91, note Y. Chartier ; *JCP* 1993, I, 3678, p. 231, obs. L. Cadiet ; *RTD civ.* 1993, 648, obs. R. Perrot ; Civ. 2, 30 avril 2009, n° 08-15421, *B. II*, n° 105 ; *D.* 2009, 2321, note Pierre-Maurice ; Civ. 2, 15 octobre 2015, n° 14-17564 14-25654, *B. II*, n° 233 ; *D.* 2016, 449, obs. N. Fricero ; *ibid. Chr. C. Cass.* 736, obs. H. Adida-Canac, Th. Vasseur et E. de Leiris ; *JCP* 2015, 1231, obs. Ch. Lebel ; *ibid.*, 1279, note L. Lauvergnot ; *Gaz. Pal.* 2015, 1, 30, note L. Raschel : mesure d'instruction *in futurum* de l'article 145 du Code de procédure civile ; Com. 16 février 2016, n° 14-25340,

Motif : impératif de célérité propre au référé et, dans une certaine mesure, à la procédure de l'ordonnance sur requête.

#### 8. Protection du consommateur

Selon l'article R. 631-3 du Code de la consommation, le consommateur peut choisir, outre la juridiction territorialement compétente en application des règles du Code de procédure civile, la juridiction du lieu où il demeurerait au moment de la conclusion du contrat ou celui de la survenance du fait dommageable.

Motif : protection du consommateur dans les contrats d'adhésion<sup>1</sup>. La disposition est d'un grand intérêt pratique.

#### 9. Contrat de travail

Une distinction doit être faite (article R. 1412-1 du Code du travail) :

- le travail a lieu dans un établissement, dans ce cas le conseil des prud'hommes compétent est celui du lieu où se trouve cet établissement ;
- dans le cas contraire – cas du travail à domicile – le conseil de prud'hommes territorialement compétent est celui du lieu du domicile du salarié.

Toutefois ces chefs de compétence ne sont pas les seuls, et le salarié dispose, en réalité, d'une option de compétence à plusieurs branches. Dans tous les cas, en effet, que le travail ait lieu en établissement ou hors établissement, l'article R. 1412-1 précité, dernier alinéa, l'autorise également à saisir les conseils de prud'hommes soit du lieu où l'engagement a été contracté, soit du lieu où l'employeur est établi.

Motif : protection de la partie la plus faible, à savoir le salarié, en l'occurrence.

### B. Dérogations au principe

Ce sont les hypothèses dans laquelle la loi impose au demandeur de saisir un tribunal déterminé à l'exclusion de tout autre. Le législateur ne cherche plus à assouplir la règle *actor sequitur forum rei*, il l'écarte, en raison de considérations propres à la matière du litige ou à la juridiction saisie.

Les hypothèses sont nombreuses et prévues par des textes qui sont loin de se trouver seulement dans le Code de procédure civile. Renonçant donc à en dresser un inventaire exhaustif, on en citera certaines des plus importantes. On soulignera néanmoins qu'elles répondent généralement à un souci de centralisation des litiges ou de protection de l'un des plaideurs<sup>2</sup>.

#### 1. Matière réelle immobilière

Selon l'article 44 du Code de procédure civile, la juridiction du lieu de situation de l'immeuble est seule compétente. Une telle action relève donc de la compétence exclusive du tribunal judiciaire dans le ressort duquel l'immeuble se trouve. C'est notamment le cas pour les actions immobilières pétitoires (article R. 211-3-26 du Code de l'organisation judiciaire)<sup>3</sup>.

Motif : on considère qu'il vaut mieux que ce juge soit compétent, ne serait-ce que pour lui permettre de se rendre sur les lieux, d'ordonner une expertise ou tout simplement parce que la connaissance des pratiques locales est importante.

Mais il ne suffit pas que le litige se rapporte à un immeuble, pour que l'article 44 soit applicable : l'action intentée doit avoir pour objet un droit réel, et non un droit de créance<sup>4</sup>. Dans le cas contraire, le

---

B. IV, n° 31 et Com. 13 septembre 2017, n° 16-12196, B. IV, n° 113 : *idem*, de plus il suffit qu'une des mesures d'instruction doive être exécutée dans le ressort territorial de la juridiction saisie sur requête et une clause attributive de compétence territoriale ne peut tenir en échec celle de cette juridiction.

<sup>1</sup> Le professionnel ne saurait disposer de cette option, quand bien même les parties auraient volontairement soumis le contrat qu'elles ont conclu aux dispositions du Code de la consommation (Civ. 1, 4 janvier 2016, n° 14-28034 ; *RTD civ.* 2016, 354, obs. H. Barbier).

<sup>2</sup> Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. I, p. 203.

<sup>3</sup> *Cf. supra* : section 1 « Détermination de la compétence d'attribution », § 1 « Compétence d'attribution du tribunal judiciaire », B. « Le tribunal judiciaire, juridiction à compétence exclusive en certaines matières ».

<sup>4</sup> Civ. 2, 23 octobre 1991, n° 90-15019, B. II, n° 270.

tribunal compétent serait celui du for du défendeur, conformément à la règle de principe posée à l'article 42 du Code de procédure civile, à moins que le demandeur ne puisse se prévaloir d'une des options de compétence ouvertes par l'article 46 du même code<sup>1</sup>.

## 2. Matière successorale

Selon l'article 45 du Code de procédure civile, la juridiction compétente est celle dans le ressort duquel la succession est ouverte, en d'autres termes celle du lieu d'ouverture de la succession, c'est-à-dire encore le tribunal du lieu de décès du défunt, « *jusqu'au partage inclusivement* », pour :

- les demandes entre héritiers ;
- les demandes formées par les créanciers du défunt ;
- les demandes relatives à l'exécution des dispositions à cause de mort.

Cette compétence du tribunal judiciaire (article R. 211-3-26 du Code de l'organisation judiciaire)<sup>2</sup> du lieu d'ouverture de la succession est non seulement impérative<sup>3</sup>, mais encore exclusive<sup>4</sup>. Mais, s'agissant d'un chef dérogatoire de compétence, il n'est applicable qu'aux actions que l'article 45 énumère limitativement et ne saurait être étendu, par analogie, à d'autres actions.

Ex. une action en pétition d'hérédité, qui vise précisément à obtenir la reconnaissance de la qualité d'héritier, contestée, au demandeur, n'est pas une demande « *entre héritiers* », relevant de la compétence du tribunal judiciaire du lieu d'ouverture de la succession<sup>5</sup>.

Motif de la dérogation : on veut centraliser par là même les opérations de partages de la succession là où l'on va pouvoir trouver tous les titres et biens à partager. L'administration de la preuve sera donc plus facile, si toutes les actions sont centralisées devant ce tribunal<sup>6</sup>.

## 3. Frais de justice

Selon l'article 52 du Code de procédure civile :

*« Les demandes relatives aux frais, émoluments et débours qui, afférents à une instance, ont été exposés devant une juridiction par les auxiliaires de justice et les officiers publics ou ministériels, sont portées devant cette juridiction.*

*« Les demandes relatives aux frais, émoluments et débours qui n'ont pas été exposés devant une juridiction sont portées, selon le montant des frais, devant le tribunal judiciaire dans le ressort duquel l'officier public ou ministériel ou l'auxiliaire de justice exerce ses fonctions. »*

Motif : centralisation du litige pour la première catégorie de frais, tribunal le mieux placé en tout état de cause pour la seconde catégorie de frais.

## 4. Difficultés des entreprises et de procédures collectives

Aux termes de l'article R. 600-1 du Code de commerce :

*« ... le tribunal territorialement compétent pour connaître des procédures prévues par le livre VI de la partie législative du présent code est celui dans le ressort duquel le débiteur, personne morale, a son siège ou le débiteur, personne physique, a déclaré l'adresse de son entreprise ou de son activité. A défaut de siège en territoire français, le tribunal compétent est celui dans le ressort duquel le débiteur a le centre principal de ses intérêts en France. »*

Motif : centraliser le litige au tribunal lieu du siège de l'entreprise, lequel tribunal est le mieux placé pour traiter des nombreuses difficultés inhérentes à l'ouverture d'une procédure collective.

## 5. Assurances

Dans les litiges entre assureur et assuré, relatifs à la fixation et au règlement des indemnités dus, le tribunal du lieu du domicile de l'assuré est seul compétent, que l'assuré occupe la position de

<sup>1</sup> Civ. 2, 23 octobre 1991, préc.

<sup>2</sup> Il s'agit, on le rappelle ici également, d'un chef de compétence exclusive *ratione materiae* du tribunal judiciaire (cf. *supra* : section 1 « Détermination de la compétence d'attribution », § 1 « Compétence matérielle du tribunal judiciaire », B. « Le tribunal judiciaire, juridiction à compétence exclusive en certaines matières »).

<sup>3</sup> Civ. 20 juin 1898, *D.P.* 99, 1, 441, note H. Capitant ; Req. 25 janvier 1939, *Gaz. Pal.* 1939, 1, 623.

<sup>4</sup> Civ. 1, 12 juin 2013, n° 12-18444.

<sup>5</sup> Req. 21 février 1860, *S.* 60, 1, 887.

<sup>6</sup> Perrot, *op. cit.*, t. I, p. 204.

demandeur ou celle de défendeur, en vertu de l'article R. 114-1 du Code des assurances.

Motif : souci de protection de l'assuré, présumé partie la plus faible au contrat d'assurance, contrat d'adhésion.

6. Copropriété des immeubles bâtis

L'article 61-1 du décret n° 67-223 du 17 mars 1967, pris pour l'application de la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis, dispose que « *tous les litiges nés de l'application de la loi du 10 juillet 1965 et du présent décret sont de la compétence de la juridiction du lieu de la situation de l'immeuble.* »

Motif : ce tribunal est naturellement le mieux placé pour connaître du contentieux lié à la copropriété de l'immeuble.

7. Actions dont un contrat de louage d'immeubles à usage d'habitation ou un contrat portant sur l'occupation d'un logement est l'objet, la cause ou l'occasion

Ces actions relèvent des contentieux de la protection. Aussi appartient-il au juge des contentieux de la protection, juge exerçant ses fonctions au sein du tribunal judiciaire ou d'une de ses chambres de proximité d'en connaître (article L. 213-4-4 du Code de l'organisation judiciaire)<sup>1</sup>.

Le juge des contentieux de la protection territorialement compétent est celui du lieu où sont situés les biens, (articles L. 213-4-4 et R. 213-9-7 du Code de l'organisation judiciaire combinés), alors même que le bail et les autres contrats portant sur l'occupation d'un logement n'engendrent au profit de l'occupant qu'un droit de créance.

Motif : là encore, ce juge est évidemment le mieux placé, notamment pour ordonner une expertise, répartir les parties quant au montant du loyer au regard de la valeur de l'immeuble...

8. Actions tendant à l'expulsion des personnes qui occupent aux fins d'habitation des immeubles bâtis sans droit ni titre

Ces actions relèvent également des contentieux de la protection. Aussi appartient-il au juge des contentieux de la protection, juge exerçant ses fonctions au sein du tribunal judiciaire ou d'une de ses chambres de proximité d'en connaître (article L. 213-4-3 du Code de l'organisation judiciaire)<sup>2</sup>.

Le juge des contentieux de la protection territorialement compétent est, là encore, celui du lieu où sont situés les biens, (articles L. 213-4-3 et R. 213-9-7 du Code de l'organisation judiciaire combinés), alors même que le bail et les autres contrats portant sur l'occupation d'un logement n'engendrent au profit de l'occupant qu'un droit de créance.

Motif : le même que ci-dessus, ce juge est le mieux placé.

9. Contestations relatives au statut des baux commerciaux à l'exception des contestations relatives à la fixation du prix du bail révisé ou renouvelé, et conventions d'occupation précaire en matière commerciale

On se souvient que ces contestations sont de la compétence matérielle exclusive du tribunal judiciaire (article R. 211-3-26, 11°, du Code de l'organisation judiciaire), et non de celle du tribunal de commerce<sup>3</sup>.

Le tribunal judiciaire territorialement compétente est, ici encore, celui du lieu de situation de

<sup>1</sup> Cf. *supra* : section 1 « Détermination de la compétence d'attribution », § 1 « Compétence matérielle du tribunal judiciaire », A. « Le tribunal judiciaire, juge de droit commun en matière civile », 2. « Portée du caractère de juridiction de droit commun du tribunal judiciaire », b. « Présence éventuelle de chambres de proximité au sein du tribunal judiciaire », a) Les contentieux de la protection ».

<sup>2</sup> Cf. *supra* : section 1 « Détermination de la compétence d'attribution », § 1 « Compétence matérielle du tribunal judiciaire », A. « Le tribunal judiciaire, juge de droit commun en matière civile », 2. « Portée du caractère de juridiction de droit commun du tribunal judiciaire », b. « Présence éventuelle de chambres de proximité au sein du tribunal judiciaire », a) Les contentieux de la protection ».

<sup>3</sup> Cf. *supra* : section 1 « Détermination de la compétence d'attribution », § 1 « Compétence d'attribution du tribunal judiciaire », B. « Le tribunal judiciaire, juridiction à compétence exclusive en certaines matières ».

l'immeuble (article R. 145-23, alinéa 3, du Code de commerce) car c'est le mieux placé pour statuer sur les différends qui s'élèvent à ce propos.

10. Conflits de voisinage, bornage, dommages causés aux cultures et récoltes, entretien et mise en état de viabilité des chemins d'exploitation, installations d'antennes réceptrices de radiodiffusion...

*Ratione materiae*, le tribunal judiciaire ou une chambre de proximité est compétent pour connaître de ces litiges (articles R. 211-3-4, R. 211-3-6, 1°, 2° et 6°, R. 211-3-8, R. 211-3-11 du Code de l'organisation judiciaire), qui relevaient traditionnellement de la compétence de feu le tribunal d'instance.

*Ratione loci*, l'article R. 211-15 du Code de l'organisation judiciaire donne compétence au tribunal du lieu de situation de l'immeuble pour ces litiges.

Motif : une fois de plus, ce tribunal est géographiquement le mieux placé.

11. Divorce et séparation de corps

Les règles sont posées par l'article 1070 du Code de procédure civile. La juridiction compétente est le juge aux affaires familiales du tribunal du lieu de résidence de la famille. Cependant, lorsque les époux ont d'ores et déjà des résidences distinctes au moment de la présentation de la requête, la juridiction compétente est celle du lieu où réside l'époux avec lequel habitent les enfants mineurs, et ce que cet époux soit le demandeur ou le défendeur. Si les époux d'ores et déjà séparés n'ont pas d'enfant mineur habitant avec l'un d'eux, la règle de principe de l'article 42 du Code de procédure civile reprend son empire : le juge aux affaires familiales compétent est celui du lieu où demeure l'époux qui n'a pas pris l'initiative de la demande, c'est-à-dire le tribunal du défendeur.

Motif : le juge aux affaires familiales du lieu de résidence de la famille est le plus accessible tant pour les époux que pour les enfants mineurs.

12. Voies d'exécution

Selon l'article R. 121-1 du Code des procédures civiles d'exécution : « *A moins qu'il n'en soit disposé autrement, le juge de l'exécution territorialement compétent, au choix du demandeur, est celui du lieu où demeure le débiteur ou celui du lieu d'exécution de la mesure.* »

Motif : protection du débiteur, tribunal le mieux placé pour connaître des incidents liés à l'exécution de la mesure.

13. Actions relatives aux correspondances et objets recommandés et aux envois de valeur déclarée, grevés ou non de remboursement

*Ratione materiae*, c'est le tribunal judiciaire qui est compétent pour en connaître (article R. 211-3-7 du Code de l'organisation judiciaire).

*Ratione loci*, aux termes de l'article R. 211-13 du Code de l'organisation judiciaire, ces actions « *sont portées devant le tribunal dans le ressort duquel est situé le domicile de l'expéditeur ou devant celui dans le ressort duquel est situé le domicile du destinataire.* »

Motif : protection du consommateur ou du professionnel qui contracte dans un domaine étranger à son activité professionnelle.

Remarque : concrètement, cela revient, dans la plupart des cas, à faire du tribunal du demandeur à l'action – expéditeur ou destinataire – le tribunal territorialement compétent.

## Chap. II : Prorogation de compétence

Définition : proroger la compétence d'une juridiction, c'est lui donner le pouvoir de juger une prétention qui, normalement, excède les limites de sa compétence d'attribution ou de sa compétence territoriale. La prorogation de compétence est donc une extension de la compétence normale d'une juridiction, pour juger d'une demande principale, d'une demande incidente, d'un moyen de défense.

Cet aménagement est possible dans certaines limites. En effet le législateur a parfois institué des règles de

compétence dans un but d'intérêt général ou parfois dans un but d'intérêt privé. Pour répondre à ces deux exigences, le législateur peut admettre des aménagements de compétence. On distingue trois aménagements possibles :

- Tout d'abord, le législateur autorise les parties à saisir à titre principal une juridiction normalement incompétente sur le plan territorial ou d'attribution pour connaître de leur litige : c'est la prorogation conventionnelle.
- Ensuite le législateur autorise le juge à renvoyer un litige dont il est saisi à une autre juridiction laquelle, normalement, n'a pas compétence territorialement ou matériellement : c'est la prorogation judiciaire.
- Enfin, le législateur étend parfois la compétence d'un juge saisi régulièrement d'une demande principale à la connaissance de moyens de défense ou de demandes incidentes présentées à l'occasion du procès mais pour lesquelles il n'est pas normalement compétent : c'est la prorogation légale.

### Section 1 : Prorogation judiciaire de compétence

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

- Renvoi de l'affaire après cassation ordonné par la Cour de Cassation, devant une autre juridiction de même nature et de même degré que celle ayant rendu le jugement ou l'arrêt cassé (article L. 431-4, alinéa 1er, du Code de l'organisation judiciaire).
- Renvoi de l'affaire par le premier président de la cour d'appel à une autre juridiction, de même nature, que celle initialement saisie pour cause de suspicion légitime (articles 341 et suivants du Code de procédure civile, spéc. article 343). La décision de renvoi s'impose aux parties et au juge de renvoi (article 347, alinéa 2, du Code de procédure civile).

Ex. un époux est dans une instance de séparation de biens avec sa femme, malheureusement pour lui, le président du tribunal qui doit trancher son affaire est son beau-frère...

- Renvoi de l'affaire ordonné par un juge qui statue sur sa compétence et estime que l'affaire relève de la compétence d'une autre juridiction qu'il désigne. Cette désignation va, ici encore, s'imposer aux parties et à la juridiction désignée (article 81, alinéa 2, du Code de procédure civile).

### Section 2 : Prorogation conventionnelle de compétence

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

#### § 1 Prorogation conventionnelle de la compétence d'attribution

Les clauses de prorogation conventionnelle de la compétence d'attribution se rencontrent rarement. Leur validité ou nullité est fonction du type de règles auxquelles elles dérogent.

##### A. Clauses relatives à l'ordre de juridiction ou au degré de juridiction

Elles ne sont pas autorisées dès lors que les règles en jeu sont qualifiées d'ordre public. C'est ainsi qu'il est interdit de prévoir qu'une juridiction pénale sera compétente pour trancher un litige civil. Il est aussi interdit de convenir d'instaurer un double degré de juridiction là où la loi l'a interdit.

En revanche, il est permis aux parties, à l'inverse, de convenir en vertu d'un accord exprès, que leur différend sera jugé sans appel

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Panthéon-Assas  
Licence droit 3ème année Melun 2023-2024

même si le montant de la demande est supérieur au taux du dernier ressort (article 41, alinéa 2, du Code de procédure civile). Néanmoins cette convention n'est valable que si elle est conclue une fois le litige né et pour les droits dont les parties ont la libre disposition (même texte).

## B. Clauses relatives à la nature de la juridiction

De manière similaire, la prorogation conventionnelle de la compétence d'une juridiction du premier degré au profit d'une autre juridiction de même degré n'est admise qu'à la condition que la règle de compétence à laquelle il est dérogé, ne soit pas d'ordre public.

De cette règle, découlent plusieurs situations :

### 1. Prorogation de la compétence du tribunal judiciaire au détriment d'une autre juridiction

Le Tribunal judiciaire étant juridiction de droit commun, il est admis que les parties puissent proroger sa compétence au détriment d'une autre juridiction, dès lors que la matière litigieuse ne relève pas de la compétence exclusive de cette juridiction.

Ex. le tribunal judiciaire peut très bien être saisi d'un litige commercial dès lors que la question n'entre pas dans la compétence exclusive du tribunal de commerce. Or on ne connaît que deux compétences exclusives à ce dernier, en matière de litiges relatifs aux actes de commerce par la forme et en matière de procédures collectives. En dehors de ces litiges, le tribunal judiciaire peut donc connaître de tous les litiges relevant normalement du tribunal de commerce.

### 2. Prorogation de la compétence d'une juridiction d'exception au détriment d'une autre juridiction, de droit commun ou d'exception

Principe d'interdiction, assorti d'un tempérament.

#### a. Principe : interdiction de proroger la compétence d'une juridiction d'exception au détriment d'une autre juridiction, de droit commun ou d'exception

Les parties ne peuvent pas proroger la compétence d'une juridiction d'exception au détriment d'une autre juridiction d'exception. Cette règle s'applique que la matière relève ou non de la compétence exclusive. On ne pourra donc jamais demander, par exemple à un tribunal de commerce de statuer en matière de contrat de travail.

*A fortiori* ne peuvent-elles en principe proroger la compétence d'une juridiction d'exception au détriment de la juridiction de droit commun, le tribunal judiciaire en première instance.

#### b. Tempérament : prorogation volontaire possible en matière d'actes mixtes

Toutefois, il existe quand même un cas de prorogation de compétence du tribunal de commerce au détriment de la juridiction civile *stricto sensu* – tribunal judiciaire – dans tous les actes mixtes. Cette exception tient au fait que la compétence va varier selon la partie qui prend l'initiative du procès. Si le demandeur est commerçant, il doit saisir impérativement la juridiction civile *stricto sensu*. Si, au contraire, le défendeur est commerçant, le demandeur a une option de compétence, puisqu'il peut choisir, selon son intérêt, soit la juridiction consulaire, soit la juridiction civile *stricto sensu*.

### 3. Prorogation de compétence à raison du montant de la demande

L'article 41, alinéa 1er, du Code de procédure civile autorise les parties à donner compétence au tribunal qui *a priori* ne l'est pas par application des règles relatives au taux de compétence : « *Le litige né, les parties peuvent toujours convenir que leur différend sera jugé par une juridiction bien que celle-ci soit incompétente en raison du montant de la demande.* »

Deux conditions doivent donc être remplies, selon le texte :

- un accord des parties
- conclu une fois seulement le litige né.

L'article 41, alinéa 1er, rendait ainsi possible une prorogation des compétences respectives du tribunal de grande instance et du tribunal d'instance en matière civile, personnelle ou mobilière. Selon ses dispositions, en effet, le tribunal d'instance pouvait connaître, de l'accord des parties, d'un litige d'une valeur supérieure à 10.000 €, dans une matière où il n'était d'ordinaire matériellement compétent qu'à concurrence de ce montant.

Mais, désormais, le tribunal judiciaire, nouvelle appellation du tribunal de grande instance, connaît des actions personnelles ou mobilières jusqu'à la valeur de 10 000 € comme des actions personnelles ou mobilières au-delà de ce montant. Pour que l'article 41, alinéa 1er, ait vocation à s'appliquer, au moins par analogie, il faudrait que les parties conviennent d'attribuer « compétence » au tribunal de proximité, qui ne connaît normalement des actions personnelles ou mobilières que jusqu'à 10 000 € (annexe IV-2 au Code de l'organisation judiciaire), pour statuer sur un litige supérieur à ce montant. Toutefois le



Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Panthéon-Assas  
Licence droit 3ème année Melun 2023-2024

tribunal de proximité n'étant pas une juridiction distincte du tribunal judiciaire, dont il n'est qu'une chambre détachée, on ne peut proprement parler d'une prorogation de sa compétence au détriment du tribunal judiciaire statuant en son siège. L'application de l'article 41, alinéa 1er, du Code de procédure civile à cette situation suppose donc qu'on y étende le texte par analogie. Or ce texte étant une disposition exceptionnelle, doit être strictement interprété. On peut donc hésiter à admettre cette interprétation par analogie.

## § 2 Prorogation conventionnelle de la compétence territoriale

La prorogation conventionnelle peut aussi concerner la compétence territoriale. Mais l'article 48 du Code de procédure civile ne l'admet qu'à de strictes conditions.

### A. Principe de la prohibition des clauses attributives de compétence territoriale

#### 1. Affirmation du principe

Le texte interdit en principe toute clause qui déroge, directement ou indirectement, aux de la compétence territoriales, de manière à mettre fin à de nombreux abus antérieurs.

- Directement, en désignant le tribunal conventionnellement choisi,
- Indirectement, en déplaçant plus ou moins arbitrairement les éléments de localisation retenus par la loi pour déterminer la compétence territoriale, par exemple modification fictive du lieu d'exécution du contrat, clause d'élection de domicile<sup>1</sup>.

Motif : volonté de protéger le contractant le plus faible, par exemple le consommateur adhérent à un contrat préétabli qui subirait en cas de conflit les frais de déplacement devant une juridiction éloignée.

#### 2. Sanction de l'interdiction

Le texte répute non écrite la clause stipulée en violation de l'interdiction. Le contrat survivra donc à la clause. En outre, en vertu de l'article 77 du Code de procédure civile, le juge désignée par la clause illégale pourra toujours décliner d'office son incompétence si le défendeur ne comparait pas<sup>2</sup> : hypothèse, par exemple, du consommateur qui, assigné loin de son domicile sur le fondement d'une clause attributive de juridiction, fait défaut pour éviter des frais importants de déplacement ou de représentation.

Motif : assurer l'efficacité de la prohibition. En effet, de cette manière, la partie à qui la clause attributive de juridiction est opposée ne renoncera pas à en demander la nullité de crainte que cette nullité n'entraîne celle du contrat dans son intégralité. En outre, le juge pourra pallier à sa carence.

### B. Exception à la prohibition des clauses attributives de compétence territoriale

Néanmoins, à titre d'exception, l'article 48 admet la validité des clauses dérogatoires, à une double condition :

#### 1. Clause convenue entre des personnes ayant toutes contractées en qualité de commerçant

La condition est appréciée rigoureusement par la jurisprudence. D'une part, en effet, les clauses attributives de compétence ne lient pas le commerçant qui a contracté pour les besoins de sa vie privée. D'autre part, la qualité de commerçant ne résulte pas de l'accomplissement par une personne d'un acte de commerce isolé<sup>3</sup>. Conformément aux dispositions de l'article L. 121-1 du Code de commerce, il est en effet nécessaire non seulement d'accomplir des actes de commerce, mais encore d'en faire sa profession habituelle pour acquérir la qualité de commerçant. Ce n'est donc que si ce double critère est

<sup>1</sup> Cf. *supra*.

<sup>2</sup> Civ. 2, 20 février 1980, n° 78-14437, B. II, n° 37 ; *Gaz. Pal.* 1980, 2, 494, note J. Dupichot ; *RTD civ.* 1980, 609, obs. J. Normand.

<sup>3</sup> Pour la souscription de lettres de change par un artisan, acte de commerce par la forme : Com. 19 mai 1993, B. IV, n° 179 ; pour le cautionnement par un particulier d'une dette commerciale à but intéressé, ce qui en fait un acte de commerce par accessoire objectif : Com. 10 février 1981, *Gaz. Pal.* 1981, 2, 475, note J. Dupichot ; *D.* 1982, IR 153, obs. P. Julien ; Com. 2 octobre 1985, B. IV, n° 227 ; *RTD com.* 1985, 392, obs. J. Derruppé ; Com. 25 mars 1997, B. IV, n° 79 ; Com. 28 octobre 2008, n° 07-17149, *B.R.D.A.* 23/2008, n° 13.

satisfait, que la clause attributive de juridiction a force obligatoire<sup>1</sup>.

En revanche, la qualité de commerçant ne suppose pas nécessairement l'immatriculation de l'intéressé au Registre du commerce et des sociétés<sup>2</sup>. La jurisprudence applique en effet la théorie du commerçant de fait, selon laquelle la personne accomplissant des actes de commerce à titre habituel sans être immatriculé au R.C.S. est assujéti aux obligations des commerçants, sans bénéficier des droits attachés reconnus à ceux-ci.

## 2. Clause spécifiée dans l'engagement de manière très apparente

Cette condition donne lieu à une jurisprudence empreinte de casuistique, notamment à propos des clauses attributives de juridiction insérées dans les conditions générales contractuelles<sup>3</sup>. Si les juges du fond apprécient souverainement la spécification très apparente de la clause<sup>4</sup>, il leur appartient de vérifier, dans chaque cas, si l'exigence légale est respectée, sous un contrôle de leur motivation par la Cour de cassation<sup>5</sup>. La spécification très apparente de la clause n'impose pas que la juridiction soit déterminée expressément, pourvu qu'elle soit déterminable dans l'esprit des parties<sup>6</sup>.

**Motif** : la partie doit avoir eu connaissance de la clause au moment de la formation du contrat et y avoir ainsi consenti en connaissance de cause<sup>7</sup>, fût-ce tacitement<sup>8</sup>.

Une renonciation unilatérale à l'application de la clause d'attribution de compétence territoriale par la partie au bénéfice exclusif de laquelle celle-ci a été prévue, produit son plein effet, nonobstant l'opposition de l'autre partie qui entend s'en prévaloir<sup>9</sup>. En revanche, si la clause a été stipulée dans l'intérêt commun des parties, la renonciation à l'application de la clause ne peut intervenir que d'un commun accord entre elles<sup>10</sup>.

## Section 3 : Prorogation légale de compétence

**Position du problème** : il est fréquent que des questions préalables se posent, qui n'entrent pas dans la compétence de la juridiction saisie de la demande principale. Lorsqu'une juridiction est saisie d'une demande principale relevant de sa compétence, la question se pose alors de savoir si elle peut connaître d'une question accessoire ne relevant normalement pas de sa compétence, et posée dans un moyen de défense, dans une demande incidente, ou à l'occasion d'un incident de compétence.

La réponse tient compte de deux impératifs. D'une part, en effet, il faut éviter un morcellement du procès qui engendrerait des frais supplémentaires et une perte de temps. Cette considération incite à étendre la compétence du juge saisi de la demande principale aux questions accessoires. Mais, d'autre part, il ne faut pas que cette extension permette à n'importe quelle juridiction de statuer sur n'importe quelle question.

C'est en s'efforçant de ménager ces deux impératifs, que le législateur a précisé les conditions et les limites de cette prorogation légale aux articles 49 à 51 du Code de procédure civile. A cet égard, le législateur a distingué plusieurs hypothèses : les incidents d'instance, les moyens de défense et les demandes incidentes.

### § 1 Incidents d'instance

Il appartient en principe au juge saisi de l'instance de les trancher. Néanmoins certains incidents échappent, par exception, à sa compétence.

<sup>1</sup> Com. 5 décembre 2006, *B. IV*, n° 236, *a contrario*.

<sup>2</sup> Com. 16 décembre 2008, n° 08-12967 ; Civ. 1, 17 novembre 2011, n° 10-25765 : association garantissant la qualité de la viande halal.

<sup>3</sup> Cf. par ex. Com. 5 mars 1991, *B. IV*, n° 96 ; Com. 20 novembre 2001, *B. IV*, n° 181 ; Com. 21 février 2012, n° 11-16156 ; Civ. 1, 12 avril 2012, n° 11-12061.

<sup>4</sup> Civ. 2, 20 février 1980, préc. ; Civ. 2, 5 février 1986, n° 84-13840, *B. II*, n° 8 ; Com. 30 janvier 1990, *B. IV*, n° 26.

<sup>5</sup> Cf. par ex. Civ. 2, 18 novembre 1992, *B. II*, n° 264 ; Com. 20 novembre 2001, préc. ; Com. 18 septembre 2007, n° 05-21395 ; Com. 10 novembre 2009, n° 08-15127 ; Civ. 2, 7 juin 2012, n° 11-13105.

<sup>6</sup> Civ. 2, 5 février 1986, préc. ; Civ. 1, 30 octobre 2006, *B. I*, n° 441 ; Com. 30 septembre 2020, n° 19-10423 : clause attribuant compétence aux « *tribunaux de Paris* », sans autre précision, mais juridiction consulaire déterminable par la seule qualité de sociétés commerciales des parties.

<sup>7</sup> Com. 28 février 1983, *B. IV*, n° 89 ; Com. 10 janvier 1989, *B. IV*, n° 20 ; Com. 3 mai 2011, n° 10-18901 ; Com. 25 octobre 2011, n° 10-18808.

<sup>8</sup> Com. 5 mars 1991, préc. ; Com. 4 janvier 2005, *B. IV*, n° 5 ; Civ. 1, 12 avril 2012, préc.

<sup>9</sup> Com. 14 juin 2016, n° 15-18338, *Rev. sociétés* 2016, 301, obs. P. Pisoni.

<sup>10</sup> Civ. 2, 1er juin 2017, n° 16-18739, *B. II*, n° 114.

A. Principe : compétence de la juridiction devant laquelle se déroule l'instance

L'article 50 du Code de procédure civile prévoit qu'ils « *sont tranchés par la juridiction devant laquelle se déroule l'instance qu'ils affectent.* » Seul le juge devant lequel se déroule l'instance peut statuer sur tous les incidents qui peuvent suspendre, modifier ou éteindre l'instance pendante devant lui<sup>1</sup>.

Motif : il y a le plus grand intérêt à ce qu'une juridiction connaisse elle-même de tous les incidents surgissant au cours de l'instance qui se déroule devant elle.

Ces incidents sont principalement :

- les incidents réglementés par les articles 367 à 410 du Code de procédure civile (jonction et disjonction d'instances, suspension, interruption et extinction) ;
- les incidents relatifs à la preuve (mesure d'instruction, preuve littérale, etc...) ;
- les incidents relatifs aux nullités d'actes de procédure, aux fins de non-recevoir et aux exceptions d'incompétence.

B. Exceptions : incidents échappant à la compétence de la juridiction devant laquelle se déroule l'instance

Il existe toutefois deux catégories d'incidents dont le juge ne peut connaître :

- les incidents relatifs au renvoi pour cause de suspicion légitime ou à sa récusation (articles 341 et suivants du Code de procédure civile), pour lesquels le premier président de la cour d'appel de la juridiction concernée est en principe compétent (article 344 du Code de procédure civile) ;
- les difficultés d'exécution de sa décision, à propos desquelles le juge de l'exécution est exclusivement compétent (article L. 213-6 du Code de l'organisation judiciaire).

§ 2 Moyens de défense

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

Aux termes de l'article 49, alinéa 1er, du Code de procédure civile :

*« Toute juridiction saisie d'une demande de sa compétence connaît, même s'ils exigent l'interprétation d'un contrat, de tous les moyens de défense à l'exception de ceux qui soulèvent une question relevant de la compétence exclusive d'une autre juridiction. »*

Le texte reprend, en modernisant les termes, le vieil adage selon lequel « *le juge de l'action est le juge de l'exception* ». Mais il lui apporte une dérogation.

A. Principe : le juge de l'action est le juge de l'exception

Cet adage signifie que le juge de la demande initiale est aussi le juge de tous les moyens de défense qui sont soulevés devant lui par le défendeur. En effet, dans l'adage « *le juge de l'action est le juge de l'exception* », le mot « exception » doit être entendu au sens large de tout moyen de défense, et non pas au sens strict, technique, d'exception de procédure.

Ce principe entraîne une extension de la compétence du juge tant au regard de la compétence d'attribution qu'au regard de la compétence territoriale. La juridiction saisie a donc compétence pour statuer sur tout moyen de défense qui, s'il avait été invoqué par voie de demande principale, eût relevé :

- de la compétence d'attribution d'une autre juridiction ;

<sup>1</sup> Civ. 1, 18 février 2003, B. I, n° 51 ; *Procédures* 2003, n° 84, note R. Perrot et Civ. 2, 21 février 2013, n° 12-12751, B. II, n° 37 : juge des référés seul compétent pour prononcer la péremption de l'instance qui s'est déroulée devant lui.

Ex. le tribunal judiciaire saisi de la demande principale pourra connaître d'un moyen de défense portant sur une règle de droit commercial.

- de la compétence territoriale d'une autre juridiction.

Ex. le tribunal judiciaire de Paris pourra connaître d'un moyen de défense qui, s'il avait été présenté par voie de demande principale, aurait dû être porté devant le tribunal judiciaire de Bordeaux.

Motifs : cette solution est nécessaire d'un double point de vue. D'un point de vue pratique, elle permet d'éviter le morcellement du procès et surtout réduit le risque d'avoir des jugements contradictoires. D'un point de vue théorique, la solution est aussi nécessaire car une décision sur le bien-fondé d'une prétention ne peut être rendue qu'après examen des moyens de défense qui lui sont opposés et qui constituent des questions préalables.

En principe, cette solution s'applique à toutes les juridictions, qu'il s'agisse de juridictions de droit commun ou de juridictions d'exception.

## B. Exception : question préjudicielle de la compétence exclusive d'une autre juridiction

Néanmoins, l'article 49, alinéa 1er, apporte une limite à cette prorogation, en réservant le cas des moyens de défense qui soulèvent une question relevant de la compétence exclusive d'une autre juridiction<sup>1</sup>. Dans cette hypothèse, la question n'est plus dite préalable mais préjudicielle<sup>2</sup> et à ce titre ne peut être tranchée que par la juridiction ayant compétence exclusive. Le juge saisi de la demande initiale doit donc surseoir à statuer jusqu'à ce que la juridiction compétente ait statué sur cette question préjudicielle qui relève de sa compétence exclusive.

Les questions préjudicielles relèvent de deux catégories : les questions préjudicielles générales et les questions préjudicielles spéciales.

### 1. Questions préjudicielles générales

Elles sont communes à toutes les juridictions de l'ordre judiciaire privé. Elles concernent en fait tous les moyens de défense qui relèvent de la compétence exclusive d'une juridiction de l'ordre administratif, pénal ou bien encore des juridictions de l'Union européenne.

- Questions préjudicielles administratives : aux termes de l'article 49, alinéa 2, du Code de procédure civile :

*« Lorsque la solution d'un litige dépend d'une question soulevant une difficulté sérieuse et relevant de la compétence de la juridiction administrative, la juridiction judiciaire initialement saisie la transmet à la juridiction administrative compétente (...). Elle sursoit à statuer jusqu'à la décision sur la question préjudicielle. »*

Cette disposition codifiée, d'une part, la jurisprudence antérieure, d'autre part, facilite la tâche aux parties et accélère le traitement de la question préjudicielle par le juge administratif<sup>3</sup>.

Traditionnellement, seule la juridiction administrative pouvait contrôler la légalité des actes administratifs. Au contraire de celle des actes administratifs individuels, l'interprétation des actes administratifs réglementaires par le juge judiciaire était néanmoins possible<sup>4</sup>.

Mais le tribunal des conflits étendit finalement la compétence du juge judiciaire, en lui reconnaissant compétence pour écarter l'application d'un acte administratif lorsque son illégalité est manifeste<sup>5</sup>. En effet, selon le tribunal des conflits, seule une contestation sérieuse portant sur la légalité d'un acte administratif oblige les juridictions judiciaires à surseoir à statuer sur la question préjudicielle de la légalité de cet acte<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> H. Sinay « La compétence exclusive », *JCP* 1958, I, 1451 ; J. Vincent « Quelques réflexions sur la compétence exclusive des juridictions civiles », in : *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, 917 et suiv.

<sup>2</sup> G. Casu « Qu'est-ce qu'une question préjudicielle ? », *Procédures* n° 8-9, août 2016, étude 8.

<sup>3</sup> Circulaire du 31 mars 2015 de présentation du décret n° 2015-233 du 27 février 2015 (*BOMJ* n° 2015-04 du 30 avril 2015 – JUSC1500786C).

<sup>4</sup> T.C. 16 juin 1923, *Septfonds*, n° 00732, *Rec.* 498.

<sup>5</sup> T.C. 17 octobre 2011, *SCEA du Chêneau c/INAPORC*, n°3828/3829.

<sup>6</sup> Dans le même sens : Soc. 26 mars 2014, n° 12-25455, *B. V.*, n° 90.

L'article 49, alinéa 2, issu d'un décret n° 2015-233 du 27 février 2015 consacre cette jurisprudence, en exigeant que la question soulevée soulève une « *difficulté sérieuse* », « *relevant de la juridiction administrative* », pour acquérir un caractère préjudiciel imposant au juge judiciaire de statuer.

Lorsque la question préjudicielle relève de la compétence exclusive de la juridiction administrative, le juge judiciaire ne doit plus renvoyer les parties à mieux se pourvoir, comme l'article 81 du Code de procédure civile continue pourtant à le prévoir. Aux termes, en effet, de l'article 49, alinéa 2, il transmet directement la question à la juridiction administrative compétente, sans interruption du cours de la justice<sup>1</sup>.

- Questions préjudicielles pénales : « *Le criminel tient le civil en l'état* » (article 4 du Code de procédure pénale) – ou plutôt tenait le civil en l'état. Selon cette règle, les juridictions civiles doivent surseoir à statuer pour une affaire pour laquelle l'action publique a été engagée, la chose jugée au pénal ayant autorité sur toute autre chose.

Mais aujourd'hui, le domaine de la règle s'est rétréci comme une peau de chagrin. En effet, depuis la loi du 5 mars 2007, seule l'action civile en réparation du dommage causé par l'infraction est soumise à cette règle, lorsqu'elle est engagée devant la juridiction civile, séparément de l'action publique. Il sera donc sursis à statuer sur cette action, tant que la juridiction répressive ne se sera pas définitivement prononcée sur l'action publique mise en mouvement. En revanche, selon l'alinéa 3 de l'article 4 du Code de procédure pénale :

*« La mise en mouvement de l'action publique n'impose pas la suspension du jugement des autres actions exercées devant la juridiction civile, de quelque nature qu'elles soient, même si la décision à intervenir au pénal est susceptible d'exercer, directement ou indirectement, une influence sur la solution du procès civil »<sup>2</sup>.*

- Questions préjudicielles portant sur l'interprétation du droit de l'union européenne : le pouvoir d'interpréter le droit de l'Union européenne est confié à la Cour de justice de l'Union européenne (article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne). Il existe même une procédure préjudicielle d'urgence. Lorsque la décision à intervenir est insusceptible de recours en droit interne, à chaque fois qu'une question pertinente concernant une disposition de ce traité, qui n'a pas déjà fait l'objet d'une interprétation, est posée, les juges internes doivent surseoir à statuer afin de permettre à la Cour de justice de l'Union européenne d'y répondre. L'interprétation qui en résulte s'impose aux juges nationaux.
- Questions préjudicielles diplomatiques. Elles n'existent plus. Le juge devait, pour l'interprétation d'un traité, poser une question préjudicielle au ministre des affaires étrangères. Le Conseil d'État, puis la Cour de Cassation ont fini par s'attribuer ce pouvoir d'interprétation. La Cour européenne des droits de l'homme a, par la suite, jugé l'utilisation des questions préjudicielles diplomatiques comme attentatoire à l'article 6 §1 de la Convention EDH, en ce qu'elle méconnaît l'exigence d'un tribunal indépendant de pleine juridiction<sup>3</sup>.

## 2. Questions préjudicielles spéciales

Les questions préjudicielles spéciales se posent à l'intérieur de l'ordre civil, elles concernent des moyens de défense qui relèvent de la compétence exclusive d'une autre juridiction de l'ordre civil que celle saisie du procès.

En principe, il n'y a pas lieu de distinguer selon que :

- la question préjudicielle relève de la compétence du tribunal judiciaire, juridiction de droit commun<sup>4</sup>,
- ou qu'elle relève de la compétence exclusive d'une juridiction d'exception en étant présentée soit devant le tribunal judiciaire, soit devant une autre juridiction.

<sup>1</sup> Circulaire précitée, 2.2.2. Cf. *infra* : Chap. III « Règlement des incidents de compétence », section 1 « Incompétence de la juridiction saisie », § 2 « Règlement de l'incident », A. « Règlement de l'incident en première instance », 1. « Le tribunal se déclare incompétent ».

<sup>2</sup> Le juge civil décide alors discrétionnairement de surseoir à statuer ou non (Civ. 1, 20 septembre 2017, n° 16-19643, B. I, n° 193).

<sup>3</sup> CEDH 24 novembre 1994, *J.D.I.* 1995, 786, obs. E. Decaux.

<sup>4</sup> Pour une application, cf. par ex. Civ. 2, 13 juillet 2017, n° 16-50057 : question préjudicielle de nature immobilière pétitoire, compétence exclusive du tribunal de grande instance pour connaître du moyen de défense soulevé devant une autre juridiction, qui aurait dû se déclarer incompétente pour la résoudre.

A chaque compétence spéciale, il faudra donc vérifier si en plus, elle est exclusive ou pas, en s'aidant le cas échéant de la formule employée par le législateur (« *le tribunal... est seul compétent...* »).

### § 3 Demandes incidentes

En ce qui concerne la prorogation de compétence aux demandes incidentes, l'article 51 opère une distinction entre le tribunal judiciaire et les juridictions d'exception :

*« Le tribunal judiciaire connaît de toutes les demandes incidentes qui ne relèvent pas de la compétence exclusive d'une autre juridiction.  
« Sauf disposition particulière, les autres juridictions ne connaissent que des demandes incidentes qui entrent dans leur compétence d'attribution. »*

Ainsi, alors que toutes les juridictions civiles sont soumises au même régime de prorogation de compétence aux moyens de défense, la nature de juridiction de droit commun du tribunal judiciaire justifie une prorogation de compétence aux demandes incidentes à son profit, prorogation qui devrait être exclue à l'égard des juridictions d'exception.

Toutefois l'article 51, alinéa 2, réserve le cas de dispositions particulières prévoyant une prorogation légale au profit de certaines juridictions d'exception.

Il existait une disposition en ce sens concernant le tribunal d'instance (ancien article R. 221-40, alinéa 1er, du Code de l'organisation judiciaire, en sa rédaction issue du décret du 2 juin 2008). Mais elle a disparu avec cette juridiction.

#### A. Prorogation de compétence au profit du tribunal judiciaire

Le principe est que le tribunal judiciaire connaît de toutes les demandes incidentes qui n'entrent pas dans la compétence exclusive d'une autre juridiction (articles 51, alinéa 1er, du Code de procédure civile et R. 221-40, alinéa 1er du Code de l'organisation judiciaire).

##### 1. Principe de la prorogation légale

La portée du principe de la prorogation légale que ces textes posent, mérite d'être précisé tant au regard de la juridiction concernée qu'au regard de la compétence prorogée :

###### a. Portée du principe quant à la juridiction concernée

La Cour de cassation confère, de ce point de vue, une portée d'application étendue au principe, puisqu'elle a admis la prorogation au profit du président du tribunal de grande instance – devenu tribunal judiciaire – statuant en référé<sup>1</sup>.

###### b. Portée du principe quant à la compétence prorogée

La prorogation concerne aussi bien la compétence territoriale que la compétence d'attribution, les textes ne faisant aucune distinction.

##### 2. Limite au principe : compétence exclusive d'une autre juridiction

La plénitude de juridiction du tribunal judiciaire ne saurait s'exercer au détriment de la compétence exclusive, territoriale ou d'attribution, d'une juridiction d'exception, comme le précise l'article 51, alinéa 1er, *in fine*. Toutefois certains arrêts de la Cour de cassation ont admis, même dans le cas d'une compétence exclusive, la prorogation légale de compétence du tribunal de grande instance, devenu tribunal judiciaire, lorsque la demande principale et la demande incidente sont indivisibles<sup>2</sup>. Cette jurisprudence s'explique par le souci de prévenir une contrariété de décisions.

#### B. Absence de prorogation de la compétence d'attribution au profit des autres juridictions d'exception

Les juridictions d'exception ne peuvent connaître que des demandes incidentes entrant dans leur compétence d'attribution<sup>3</sup>. Mais la portée du principe n'est pas absolue.

##### 1. Affirmation du principe d'absence de prorogation légale au profit d'une juridiction d'exception

<sup>1</sup> Civ. 2, 7 juin 1989, n° 88-10076, *JCP* 1990, II, 21470, note L. Cadiet.

<sup>2</sup> Soc. 11 février 2003, n° 01-00597.

<sup>3</sup> Héron et Le Bars, *op. cit.*, n° 1011.

La juridiction d'exception ne pourra statuer sur la demande incidente que si elle entre dans sa compétence d'attribution (article 51, alinéa 2, du Code de procédure civile). Peu importe que la demande incidente relève de la compétence exclusive d'une autre juridiction ou pas.

Motif : contrairement au tribunal judiciaire, la juridiction d'exception est dépourvue d'une plénitude de juridiction qui fonderait une telle extension, la règle selon laquelle « *le juge de l'action est le juge de l'exception* » n'étant pas applicable aux demandes incidentes.

## 2. Portée du principe d'absence de prorogation légale au profit d'une juridiction d'exception

Cette portée est doublement limitée, par la loi et par la jurisprudence.

- La prorogation légale de la compétence territoriale de la juridiction d'exception est tout à fait possible, dès lors que l'article 51, alinéa 2, n'exclut que celle de la compétence d'attribution. L'article 333 du Code de procédure civile fait application de cette règle, à propos de l'intervention forcée<sup>1</sup>, forme de demande incidente selon l'article 63 du même code.

En effet, aux termes de l'article 333, « *Le tiers mis en cause est tenu de procéder devant la juridiction saisie de la demande originaire, sans qu'il puisse décliner la compétence territoriale de cette juridiction, même en invoquant une clause attributive de compétence* ». La compétence territoriale de la juridiction saisie de la demande originaire est donc prorogée à la demande incidente consistant en l'intervention forcée d'un tiers. Même si le cas de figure est moins fréquent, la règle mérite d'être étendue à l'intervention volontaire : une partie originaire ne saurait contester la compétence territoriale de la juridiction pour connaître de cette intervention<sup>2</sup>.

Selon la doctrine, la prorogation légale de la compétence territoriale aux demandes incidentes doit être néanmoins écartée lorsque le litige relève de la compétence exclusive d'une autre juridiction de même nature<sup>3</sup>. Il existe en effet des chefs exclusifs de compétence territoriale, bien qu'ils soient moins nombreux que les chefs exclusifs de compétence d'attribution<sup>4</sup>.

Ex. compétence exclusive du tribunal judiciaire du lieu de situation de l'immeuble pour connaître des actions réelles immobilières (articles 44 du Code de procédure civile et R. 211-3-26 du Code de l'organisation judiciaire).

Ex. compétence exclusive du tribunal judiciaire du lieu d'ouverture de la succession pour connaître des actions successorales (articles 45 du Code de procédure civile et R. 211-3-26 du Code de l'organisation judiciaire).

- Par dérogation à l'article 51, alinéa 2, l'indivisibilité du litige permettrait, selon la jurisprudence, une prorogation de la compétence d'attribution au profit de la juridiction d'exception<sup>5</sup>. En revanche, une simple connexité entre les demandes semble insuffisante pour justifier la prorogation<sup>6</sup>.

Motif : éviter les contrariétés de décisions.

## Chap. III : Règlement des incidents de compétence

Position du problème : du fait de leur relative complexité, les règles de compétence donnent lieu à de nombreux incidents, d'autant plus irritants qu'ils diffèrent la solution du litige en déportant la contestation sur une difficulté, somme toute, latérale<sup>7</sup>.

L'incident le plus fréquent consiste à invoquer l'incompétence proprement dite de la juridiction saisie. Mais il peut arriver aussi, plus rarement, que deux affaires identiques ou connexes soient pendantes devant deux juridictions distinctes, justifiant ainsi un renvoi pour cause de litispendance ou de connexité.

### Section 1 : Incompétence de la juridiction saisie

- Définition : l'incompétence de la juridiction saisie évoque l'hypothèse dans laquelle on prétend que la juridiction saisie sur le plan matériel ou territorial est incompétente.
- Position du problème : il faut éviter la création d'un « contentieux parasite » par un plaideur de mauvaise

<sup>1</sup> Héron et Le Bars, *op. cit.*, n° 1170.

<sup>2</sup> Héron et Le Bars, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>3</sup> Cadiet et Jeuland, *op. cit.*, n° 254.

<sup>4</sup> Cadiet et Jeuland, *op. cit.*, n° 154 et suiv., n° 167 et suiv.

<sup>5</sup> Civ. 3, 3 mai 1978, *B. III*, n° 187 ; *RTD civ.* 1978, 920, obs. J. Normand, *a contrario* ; Chainais et alii, *op. cit.*, n° 1514 et les réf. ; Héron et Le Bars, *op. cit.*, n° 1011.

<sup>6</sup> Com. 21 octobre 1968, *B. IV*, n° 276.

<sup>7</sup> Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. I, p. 246.

foi, à seul dessein de provoquer le report de l'examen par le juge des questions de fond<sup>1</sup>.

De prime abord, on pourrait être tenté de considérer que le règlement des incidents de compétence participe d'une bonne administration de la justice, plutôt qu'il n'est l'affaire des parties. Il relèverait donc d'une procédure à caractère strictement administratif, exclusivement conduite par le juge et destinée à déboucher sur une décision attribuant impérativement l'affaire à la juridiction réellement compétente. Tel fut le système qui prévalut sous l'empire du décret du 22 décembre 1958. Mais sa brutalité entraîna son abandon, car il faisait totalement abstraction des rappports étroits existant entre la compétence et le fond.

Ex. pour déterminer si le conseil de prud'hommes est compétent, il faut prendre parti sur la qualification du contrat litigieux<sup>2</sup>.

Effectivement, dans de nombreux cas, la résolution de la question de compétence engage donc déjà le fond du débat, voire le résout quelquefois. Le pouvoir donné au juge de trancher d'une manière expéditive, par une procédure de type administratif, les incidents de compétence peut dès lors être grave de conséquences pour les parties. Tout en conservant les grandes lignes du système antérieur, le législateur s'est donc orienté vers son assouplissement (articles 75 à 99 du Code de procédure civile), afin de mieux protéger les parties.

Depuis le décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019, la procédure normale de règlement des incidents de compétence se double d'une procédure dérogatoire, simplifiée, utilisable uniquement pour régler les questions de compétence au sein d'un tribunal judiciaire.

## § 1 Procédure normale de règlement des incidents de compétence

On examinera successivement les conditions dans lesquelles l'incompétence peut être soulevée et la manière de régler l'incident.

### A. Initiative de l'incident

Ce contentieux peut être soulevé par l'une des parties au moyen d'une exception de procédure, l'exception d'incompétence. Mais le juge peut aussi en prendre l'initiative dans certains cas, en relevant d'office son incompétence.

#### 1. Exception d'incompétence soulevée par une partie

Définition : l'exception d'incompétence a pour objet de décliner la compétence du tribunal saisi de la demande et solliciter le renvoi de la cause devant le juge compétent, d'où le nom de déclinatoire de compétence parfois donné à ce moyen de défense. Cette exception vient en général du défendeur mais elle peut être à l'initiative du demandeur, par l'intermédiaire d'une demande reconventionnelle ou d'une demande en intervention.

En revanche, l'exception d'incompétence étant un moyen de défense, le demandeur initial est irrecevable à contester la compétence de la juridiction qu'il a lui-même saisie<sup>3</sup>, conformément au principe de l'estoppel<sup>4</sup>.

Pour être recevable, cette exception d'incompétence doit remplir deux conditions : une condition temporelle et une condition formelle.

##### a. Condition temporelle

L'exception d'incompétence étant une exception de procédure, doit, conformément à l'article 74, alinéa 1er, du Code de procédure civile<sup>5</sup>, à peine d'irrecevabilité, être soulevée simultanément aux autres exceptions et avant toute défense au fond ou fin de non recevoir. Il en va ainsi quand bien même l'incompétence invoquée revêtirait un caractère d'ordre public, ainsi que l'article 74, alinéa

<sup>1</sup> Perrot, *op. cit.*, t. I, p. 246-247.

<sup>2</sup> Cf. par ex. Com. 11 janvier 2017, n° 15-17929.

<sup>3</sup> Civ. 1, 28 avril 1982, n° 81-11438, *B. I*, n° 150 ; Civ. 2, 7 décembre 2000, n° 99-14902, *B. II*, n° 163 ; *D.* 2001, 178, et les obs.

<sup>4</sup> Civ. 1, 28 février 2018, n° 16-27823, *RTD civ.* 2018, 482, obs. N. Cayrol : saisine initiale de la juridiction consulaire, puis volte-face du demandeur, qui saisit alors une juridiction arbitrale sur le fondement d'une clause compromissoire puis conteste la compétence de la juridiction consulaire.

<sup>5</sup> Cf. *supra*.



1er, le précise expressément.

b. Condition formelle

La partie qui soulève l'exception doit, toujours à peine d'irrecevabilité, la motiver et faire connaître dans tous les cas devant quelle juridiction elle désire que la cause soit portée (article 75 du Code de procédure civile). Le plaideur va donc participer à la recherche du tribunal compétent : en quelque sorte, la loi lui impose de prendre ses responsabilités<sup>1</sup>. L'auteur de l'exception ne saurait donc se contenter de renvoyer son adversaire « à mieux se pourvoir », selon l'expression consacrée.

2. Incompétence relevée d'office par le juge

Le contentieux peut venir du juge lui même qui peut procéder à la vérification de sa propre compétence dans les cas prévus par la loi, on parle alors d'incompétence relevée d'office.

De prime abord, on pourrait penser que ce pouvoir du juge de relever d'office son incompétence va de soi, de manière à faire obstacle à des situations douteuses. Il arrive, en effet, que les parties aient oublié de soulever une exception d'ordre public avant la clôture des débats. Plus grave encore, on peut imaginer que, de connivence entre elles, elles saisissent un tribunal qu'elles savent incompétent et, en s'abstenant l'une et l'autre de soulever une exception d'incompétence, elles parviennent ainsi à proroger la compétence du tribunal dans une hypothèse où la loi l'interdit.

Pourtant, ce pouvoir du juge étant grave de conséquences pour les parties, la loi :

- ne le lui reconnaît que dans des cas limités
- et, en outre, n'en fait pour le juge, sauf exception, qu'une faculté et non une obligation.

a. Pouvoir du juge de relever d'office son incompétence

Les cas où le juge peut relever d'office son incompétence varient selon qu'il s'agit d'une incompétence d'attribution ou d'une incompétence territoriale.

α) Relevé d'office d'une incompétence d'attribution

L'article 76, alinéa 1er, du Code de procédure civile<sup>2</sup> prévoit que l'incompétence d'attribution peut être prononcée d'office :

- Lorsqu'elle résulte de la violation d'une règle de compétence d'attribution d'ordre public<sup>3</sup>. Une compétence exclusive est, par définition même, d'ordre public<sup>4</sup>. le juge a donc le pouvoir de relever d'office son incompétence d'attribution<sup>5</sup>, voire pour certains l'obligation<sup>6</sup>, lorsque le litige relève de la compétence exclusive d'une autre juridiction.
- Lorsque le défendeur ne comparait pas, puisque seul le juge est là pour faire respecter le principe du contradictoire.

Les règles gouvernant la compétence du juge de l'exécution étant d'ordre public (article R. 121-4 du Code des procédures civiles d'exécution), ce juge a le pouvoir de relever d'office son incompétence d'attribution, dans tous les cas (article R. 121-1, alinéa 3, du même code).

L'exercice du relevé d'office est, en outre, limité devant la cour d'appel et devant la Cour de cassation. Aux termes, en effet, de l'article 76, alinéa 2, du Code de procédure civile, ces juridictions ne peuvent soulever leur incompétence, dans un des deux cas précités, que vise l'article 76, alinéa 1er, et particulièrement le premier de ces deux cas :

<sup>1</sup> Perrot, *op. cit.*, t. I, p. 249.

<sup>2</sup> Anciennement numéroté article 92 du Code de procédure civile.

<sup>3</sup> Sous réserve, conformément à l'article 16 du Code de procédure civile, d'inviter au préalable les parties à présenter leurs observations sur le moyen d'incompétence (Civ. 2, 14 mars 2013, n° 12-10032).

<sup>4</sup> Sur la notion de compétence exclusive, *cf. supra* : chap. II « Prorogation de compétence », section 3 « Prorogation légale de compétence », § 2 « Moyens de défense », B. « Exception : question préjudicielle relevant de la compétence exclusive d'une autre juridiction ».

<sup>5</sup> Héron et Le Bars, *Droit judiciaire privé*, n° 1028 ; Chainais et *alii*, *Procédure civile*, n° 1574 (implicitement).

<sup>6</sup> La question est discutée : *cf. Chainais et alii, op. cit., loc. cit.*

- que si l'affaire relève de la compétence d'une juridiction administrative ou répressive
- ou bien si elle échappe à la compétence d'une juridiction française.

β) Relevé d'office d'une incompétence territoriale

L'article 77 du Code de procédure civile<sup>1</sup> prévoit, quant à lui, des règles différentes au sujet de l'incompétence territoriale, selon que l'on se trouve en matière gracieuse ou contentieuse.

- En matière gracieuse, le juge peut toujours relever d'office son incompétence territoriale.
- En matière contentieuse, le juge ne peut relever d'office son incompétence territoriale que dans des cas très restreints, encore davantage qu'ils ne le sont pour le relevé d'office de l'incompétence d'attribution :
  - si le litige est relatif à l'état des personnes,
  - dans les cas où la loi attribue une compétence exclusive à une autre juridiction,
  - lorsque le défendeur n'a pas comparu.

Motif : une prorogation insidieuse de la compétence territoriale d'une juridiction représente une entorse moins grave aux règles de compétence qu'une pareille prorogation de la compétence d'attribution.

b. Devoir exceptionnel du juge de relever d'office son incompétence

Dans deux cas exceptionnels, où les règles de compétence relèvent, aux yeux du législateur, d'un ordre public renforcé, la loi fait obligation au juge de relever d'office son incompétence, au lieu de lui en reconnaître simplement le pouvoir :

- En matière d'injonction de payer, le juge saisi de la demande doit relever d'office son incompétence, d'attribution ou même territoriale (article 1406, alinéa 3, du Code de procédure civile). En effet, la procédure d'injonction de payer étant initialement non contradictoire, le débiteur, qui n'est pas appelé à l'instance, n'est pas en mesure de dénoncer l'incompétence de la juridiction saisie. Il revient donc au juge saisi de la requête en injonction de payer de vérifier d'office sa compétence.
- Tout autre juge que le juge de l'exécution doit relever d'office son incompétence d'attribution pour connaître d'un litige relevant de la compétence exclusive du juge de l'exécution (articles L. 213-6 du Code de l'organisation judiciaire et R. 121-1, alinéa 1er, du Code des procédures civiles d'exécution combinés).

B. Règlement de l'incident

• Position du problème

Là encore, on doit concilier des impératifs contradictoires :

- D'une part, il faut laisser au juge d'un côté le temps nécessaire pour résoudre l'incident en parvenant à un résultat positif, qui est de savoir quelle est la juridiction réellement compétente.
- Mais, d'un autre côté, il ne faut pas que cet incident soit un moyen de simplement retarder le terme du procès, d'où un souci de rapidité.

• Droit positif

Pour satisfaire à ce double impératif, le législateur a organisé une procédure assez inhabituelle par la brièveté des délais et aussi par son caractère quelque peu inquisitorial, sinon en première instance, du moins devant la cour d'appel.

1. Règlement de l'incident en première instance

Le tribunal a deux possibilités. Soit, en effet, il se déclare incompétent, soit il se déclare au contraire

<sup>1</sup> Anciennement numéroté article 93 du Code de procédure civile.

compétent.

a. Le tribunal se déclare incompétent

L'article 81 du Code de procédure civile<sup>1</sup> impose alors au juge une obligation dont l'étendue varie selon la cause de l'incompétence :

- S'il estime que la juridiction compétente est répressive, administrative, arbitrale ou étrangère, le tribunal doit renvoyer les parties à mieux se pourvoir (article 81, alinéa 1er)<sup>2</sup>.

Toutefois, selon l'article 49, alinéa 2, du Code de procédure civile, issu du décret n° 2015-233 du 27 février 2015, si la question à trancher soulève une difficulté sérieuse relevant de la compétence de la juridiction administrative, le juge judiciaire transmet directement cette question à la juridiction administrative compétente et sursoit à statuer jusqu'à ce que celle-ci se soit prononcée sur la question préjudicielle<sup>3</sup>. Ainsi, une fois que la juridiction administrative aura statué, nécessairement en premier et dernier ressort selon le Code de justice administrative, l'instance reprendra-t-elle son cours devant la juridiction judiciaire.

- Dans tous les autres cas, le juge doit désigner la juridiction qu'il estime compétente. Cette désignation s'impose aux parties et à la juridiction de renvoi (article 81, alinéa 2).

Le juge ne peut donc se borner à se déclarer incompétent et renvoyer les parties à mieux se pourvoir<sup>4</sup>. En revanche, il n'est pas tenu de désigner la juridiction que la partie lui a suggérée dans son exception d'incompétence<sup>5</sup>.

L'article 82 du Code de procédure civile précise le déroulement de la suite de la procédure. Le dossier de l'affaire est transmis par le greffe à la juridiction de renvoi, avec une copie de la décision de renvoi, à défaut d'appel dans le délai. En effet, c'est la même instance qui se poursuit, si bien que le demandeur n'a pas à délivrer une nouvelle assignation<sup>6</sup>. Pour la même raison, si aucune partie n'a accompli de diligence dans les deux ans suivant le jugement d'incompétence, alors que le greffe de la juridiction compétente n'a convoqué les parties que postérieurement, l'instance encourt la péremption en application de l'article 386 du Code de procédure civile<sup>7</sup>.

A la réception du dossier, normalement, les parties sont invitées par tout moyen par le greffe de la juridiction désignée à poursuivre l'instance et, s'il y a lieu, à constituer avocat dans le délai d'un mois à compter de cet avis. Lorsque devant la juridiction désignée les parties sont tenues de se faire représenter, l'affaire est d'office radiée si aucune d'elles n'a constitué avocat dans le mois de l'invitation qui leur a été faite en application de l'alinéa précédent.

b. Le tribunal se déclare compétent

Deux possibilités s'offrent alors au tribunal.

α) Jugement statuant uniquement sur la compétence

Il est possible que le juge se prononce uniquement sur la compétence sans statuer sur le fond, il choisit donc de procéder au règlement préalable de l'incident de compétence.

Dans cette hypothèse, selon l'article 80 du Code de procédure civile, il doit surseoir à statuer sur le fond :

*« Si le juge se déclare compétent, sans statuer sur le fond, l'instance est suspendue jusqu'à l'expiration du délai pour former appel et, en cas d'appel, jusqu'à ce que la cour d'appel ait rendu sa décision »<sup>8</sup>.*

<sup>1</sup> Anciennement numéroté article 96 du Code de procédure civile.

<sup>2</sup> Cette disposition ne dispense pas, selon la Cour de cassation, l'auteur du déclinatoire de compétence d'indiquer la juridiction compétente, d'après lui, conformément aux termes de l'article 75 du Code de procédure civile (Civ. 2, 21 février 2019, n° 17-28857 (P) ; *Dalloz Actualité* 14 mars 2019, obs. A. Bolze ; *JCP* 2019, *doctr.* 616, n° 5, obs. critiques L. Veyre).

<sup>3</sup> *Cf. supra* : chap. II « Prorogation de compétence », section 3 « Prorogation légale de compétence », § 2 « Moyens de défense », B. « Exception : question préjudicielle relevant de la compétence exclusive d'une autre juridiction », 1. « Questions préjudicielles générales ».

<sup>4</sup> Soc. 14 avril 1999, n° 97-40697, *B. V.*, n° 178.

<sup>5</sup> Civ. 2, 13 janv. 1966, *B. II.*, n° 52 ; *RTD civ.* 1967, 551, obs. P. Hébraud ; Soc. 26 oct. 1982, *B. V.*, n° 584.

<sup>6</sup> Civ. 2, 29 mars 1995, n° 92-21953, *B. II.*, n° 111 ; *D.* 1996, *somm.* 135 ; Civ. 3, 12 juillet 1995, *D.* 1996, *somm.* 135, obs. P. Julien

<sup>7</sup> Civ. 2, 6 juillet 2000, n° 98-17893, *B. II.*, n° 117 ; *Procédures* 2000, *comm.* 233, obs. R. Perrot ; *JCP* 2021, II, 10565, note C. Puigelier.

<sup>8</sup> Ce texte remplace l'ancien article 81 du Code de procédure civile, lequel était ainsi rédigé : « *l'instance est suspendue jusqu'à l'expiration du délai pour former contredit et, en cas de contredit, jusqu'à ce que la cour d'appel ait rendu sa décision* » En effet, comme on le verra (B. « Appel du jugement de première instance »), depuis le décret n° 2017-891 du 6 mai 2017, l'appel est la seule voie de recours ouverte contre le jugement de première instance, que celui-ci se prononce uniquement sur la compétence ou également sur le fond du droit. Ce décret a supprimé le contredit, voie de recours spécifique qui était ouverte à l'encontre des

β) Jugement statuant à la fois sur la compétence et sur le fond

Le juge peut également se déclarer compétent et décider de statuer sur le fond du litige dans un seul et même jugement. Le règlement de l'incident est alors concomitant à la décision sur le fond. Il ne s'agit que d'une simple faculté comme l'indique implicitement l'article 78 du Code de procédure civile<sup>1</sup> (« *le juge peut...* »).

Si le tribunal décide de faire usage de cette faculté, il doit, toujours selon l'article 78, respecter une double obligation :

- mettre préalablement, le cas échéant, les parties en demeure de conclure sur le fond<sup>2</sup>, car on ne veut pas que le tribunal rende un jugement sur le fond par surprise ;
- statuer dans le dispositif, par des dispositions distinctes, sur la compétence et sur le fond.

2. Appel du jugement de première instance

Lorsqu'une juridiction de première instance s'était prononcée sur sa compétence, il existait naguère deux voies de recours possibles :

- l'appel, voie de recours de droit commun,
- et le contredit, voie de recours spécifique à l'incident de compétence. La procédure de contredit se caractérisait par sa célérité et son oralité.

Mais un décret n° 2017-891 du 6 mai 2017<sup>3</sup>, relatif aux exceptions d'incompétence et à l'appel en matière civile, a simplifié la matière, au moins en apparence, en supprimant le contredit de compétence<sup>4</sup>. Désormais seul l'appel est ouvert à l'encontre d'un jugement de première instance ayant tranché un incident de compétence.

Toutefois, comme le contredit naguère, l'appel obéit à une procédure particulière, accélérée, lorsque le jugement entrepris ne s'est prononcé que sur la compétence, et non sur le fond du litige. Le changement apporté par le décret du 6 mai 2017 est donc moins important en réalité, qu'il pourrait le sembler de prime abord.

a. Appel d'un jugement se prononçant uniquement sur la compétence

L'appel du jugement est alors soumis à une procédure spéciale, qui se caractérise par sa célérité, tout comme l'ancien contredit auquel elle se substitue. On en précisera le domaine, puis le régime.

α) Domaine de la procédure spéciale d'appel

Aux termes de l'article 83 du Code de procédure civile :

*« Lorsque le juge s'est prononcé sur la compétence sans statuer sur le fond du litige, sa décision peut faire l'objet d'un appel dans les conditions prévues par le présent paragraphe.  
« La décision ne peut pareillement être attaquée du chef de la compétence que par voie d'appel lorsque le juge se prononce sur la compétence et ordonne une mesure d'instruction ou une mesure provisoire. »*

Il résulte de ce texte que cette procédure spéciale d'appel est applicable dans les trois cas suivants :

jugements ne statuant pas sur le fond.

<sup>1</sup> Anciennement numéroté article 76 du Code de procédure civile.

<sup>2</sup> Civ. 2, 4 septembre 2014, n° 12-24530, B. II, n° 174.

<sup>3</sup> A cet égard, le décret est applicable aux décisions rendues à compter du 1er septembre 2017 (article 53, II). Cf. circulaire du 12 mai 2017 relative à la publication du décret n° 2017-891 du 6 mai 2017 relatif aux exceptions d'incompétence et à l'appel en matière civile, du décret n° 2017-892 du 6 mai 2017 portant diverses mesures de modernisation et de simplification de la procédure civile, et du décret n° 2017-896 du 9 mai 2017 relatif aux procédures de traitement des situations de surendettement des particuliers pris pour l'application de l'article 58 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle.

<sup>4</sup> M. Kebir « Le contredit n'est plus, vive l'appel ! », D. 19 mai 2017, *Actualité* ; S. Amrani-Mekki « L'appel en matière civile : en marche vers un nouvel ordre procédural ? - A propos du décret n° 2017-891 du 6 mai 2017 relatif aux exceptions d'incompétence et à l'appel en matière civile », *JCP* 2017, *doctr.* 659 ; H. Croze « Dernier appel de la République hollandaise : le décret n° 2017-891 du 6 mai 2017 relatif aux exceptions d'incompétence et à l'appel en matière civile », *Procédures* n° 7, juillet 2017, étude 23. Sur la constitutionnalité de ces nouvelles dispositions réglementaires, cf. CE 13 novembre 2019, req. [412255](#), [412286](#), [412287](#), [412308](#) et [415651](#), *Dalloz actualités* 6 décembre 2019.

- décision statuant uniquement sur la compétence, que le juge la décline ou la reconnaisse.
- Décision statuant sur la compétence, tout en tranchant la question de fond dont dépend la compétence. Le juge n'a alors pas en réalité statué au fond, il a juste « évoqué » une question de fond. Cela correspond aux hypothèses où l'incident de compétence ne peut être résolu que par une appréciation portée sur le fond, telle une opération de qualification.

Ex. pour savoir si le conseil des prud'hommes est compétent, il faut savoir si le contrat en cause est ou non un contrat de travail.

Selon l'article 79, alinéa 1er, du Code de procédure civile, lorsqu'il ne se prononce pas sur le fond du litige, mais que la détermination de la compétence dépend d'une question de fond, le juge doit, dans le dispositif du jugement, statuer sur cette question de fond et sur la compétence<sup>1</sup> par des dispositions distinctes. Sa décision a autorité de chose jugée sur cette question de fond (article 79, alinéa 2).

- Décision statuant sur la compétence et ordonnant une mesure d'instruction ou une mesure provisoire.

#### β) Régime de la procédure spéciale d'appel

On examinera successivement les conditions de recevabilité de l'appel, son instruction devant la cour et l'arrêt rendu sur l'appel.

- Conditions de recevabilité de l'appel

Ces conditions concernent la forme de l'appel et le délai dans lequel son exercice est enfermé.

##### - Forme de l'appel

L'appel prend la forme, habituelle en matière contentieuse, d'une déclaration unilatérale, remise au greffe de la cour d'appel dans la procédure d'appel avec représentation obligatoire (article 901 du Code de procédure civile) et adressée à ce greffe par pli recommandé dans la procédure d'appel sans représentation obligatoire (article 932 du Code de procédure civile).

Outre les mentions prescrites à peine de nullité, selon les cas<sup>2</sup>, par les articles 901 ou 933 du Code de procédure civile pour la déclaration d'appel en général, la déclaration d'appel précise, en l'occurrence, qu'elle est dirigée contre un jugement statuant sur la compétence et doit, à peine d'irrecevabilité, être motivée<sup>3</sup>, soit dans la déclaration d'appel elle-même, soit dans des conclusions jointes à cette déclaration (article 84, alinéa 1er, du Code de procédure civile)<sup>4</sup>.

Motif : éviter les appels purement dilatoires.

Dans la procédure d'appel avec représentation obligatoire, à peine d'irrecevabilité relevée d'office, la remise de la déclaration d'appel s'effectue par voie électronique (article 930-1, alinéa 1er, du Code de procédure civile)<sup>5</sup>. La remise ne s'opère sur support papier, adressé au greffe par courrier recommandé A.R. que si l'auteur de la déclaration d'appel justifie d'une cause étrangère lui rendant impossible la remise électronique (article 930-1, alinéa 2). En ce cas, la déclaration d'appel est adressée en autant d'exemplaires qu'il y a de parties plus deux ; La remise est constatée par la mention de sa date et le visa du greffier sur chaque exemplaire, dont l'un est

<sup>1</sup> Civ. 2, 5 janvier 2017, n° 14-27953, B. II, n° 1.

<sup>2</sup> Suivant que la procédure d'appel est avec ou sans représentation obligatoire par avocat.

<sup>3</sup> Pour des applications : Civ. 2, 15 avril 1991, B. II, n° 127 ; Civ. 2, 22 mars 2006, B. II, n° 81. Mais, conformément à l'article 126 du Code de procédure civile, l'irrecevabilité tenant à l'absence de motivation de la déclaration d'appel peut être régularisée par une nouvelle déclaration d'appel motivée ou de conclusions comportant la motivation du recours adressées à la cour d'appel, pourvu que ce soit avant l'expiration du délai d'appel : Civ. 2, 22 octobre 2020, n° 19-17630 (P) ; D. Act. 5 novembre 2020, obs. Ch. Lermite.

<sup>4</sup> Pour autant, l'auteur n'a pas l'obligation de désigner la juridiction qu'il estime compétente : Civ. 2, 28 novembre 1985, B. II, n° 181 ; Gaz. Pal. 1986, 2, Pan. 417, obs. S. Guinchard et T. Moussa (décision rendue à propos de l'ancien contredit, lequel, lui aussi, devait être motivé).

<sup>5</sup> Cf. *infra* : troisième partie « Le dénouement du procès », titre II « Les voies de recours », chap. II « Les voies de recours ordinaires », section 1 « L'appel », § 1 « Conditions de l'appel », B. « Conditions de délais et de formes de l'appel », 2. « Formes de l'appel ».

immédiatement restitué (même texte).

– Délai imparti

L'appel doit être formé dans les quinze jours à compter de la notification, par les soins du greffe du tribunal, du jugement, donc dans un délai particulièrement bref (article 84, alinéa 1er, du Code de procédure civile).

L'appelant doit, à peine de caducité de la déclaration d'appel, saisir, dans le délai d'appel, le premier président en vue, selon le cas, d'être autorisé à assigner à jour fixe<sup>1</sup> ou de bénéficier d'une fixation prioritaire de l'affaire (article 84, alinéa 2, du Code de procédure civile).

Motif : ces dispositions s'expliquent par le souci du législateur de réduire autant que faire se peut le délai de report de l'examen de l'affaire au fond.

• Instruction de l'appel

Elle est marquée par une exigence de célérité. En effet, nonobstant toute disposition contraire, l'appel est instruit et jugé (article 85, alinéa 2, du Code de procédure civile) :

- comme en matière de procédure à jour fixe si les règles applicables à l'appel des décisions rendues par la juridiction dont émane le jugement frappé d'appel imposent la constitution d'avocat,
- ou, dans le cas contraire, comme il est dit à l'article 948 du Code de procédure civile, par voie d'une fixation prioritaire de l'affaire.

L'appel a un effet suspensif, on l'a déjà précisé (article 80 du Code de procédure civile).

• Arrêt rendu sur appel

De deux choses l'une, ou bien la cour d'appel estime que le tribunal était incompétent, ou bien elle estime qu'il était compétent. Dans les deux cas, la cour d'appel dispose d'une option : soit renvoyer l'affaire à la juridiction compétente (article 86 du Code de procédure civile), soit évoquer le fond (article 88 du Code de procédure civile).

– Renvoi de l'affaire à la juridiction compétente

La cour d'appel se borne à trancher l'incident de compétence et renvoie donc l'affaire à la juridiction de première instance compétente. A cet égard, de deux choses l'une : ou bien le tribunal saisi en première instance était incompétent, ou bien il était compétent.

◦ Tribunal incompétent

Aux termes de l'article 86, alinéa 1er :

*« La cour renvoie l'affaire à la juridiction qu'elle estime compétente. Cette décision s'impose aux parties et au juge de renvoi. »*

La procédure de l'exception d'incompétence aboutit ainsi à un véritable règlement judiciaire de l'incident. Le tribunal désigné est tenu de statuer sans pouvoir renier sa compétence (même texte).

◦ Tribunal compétent

La cour d'appel renvoie l'affaire à la juridiction primitivement saisie (article 86, alinéa 1er, du Code de procédure civile), en vue de la poursuite de l'instance à la diligence du juge (article 86, alinéa 2).

<sup>1</sup> Hypothèse où la procédure d'appel est avec représentation obligatoire par avocat : Civ. 2, 11 juillet 2019, n° 18-23617 (P) ; D. Actu 16 juillet 2019, obs. C. Bléry ; D. 2019, 1792, Chr. C. Cass., n° 5, obs. S. Lemoine et E. de Leiris ; *ibid.* 2020, 576, obs. N. Fricero ; *ibid.* 2020, 1380, obs. A. Leborgne ; Gaz. Pal. 5 novembre 2019, p. 53, obs. N. Hoffschir ; Civ. 2, 2 juillet 2020, n° 19-11624 (P) ; D. Actu. 1er septembre 2020, obs. C. Bléry.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Panthéon-Assas  
Licence droit 3ème année Melun 2023-2024

Bien que l'article 86, alinéa 1er, *in fine* précise que la décision de la cour d'appel « s'impose aux parties et au juge de renvoi », la partie en désaccord avec cette décision demeure recevable à la contester à l'appui d'un pourvoi en cassation<sup>1</sup>. En effet, l'article 607-1 du Code de procédure civile, issu du décret n° 2014-1338 du 6 novembre 2014, dispose, d'une manière générale : « Peut également être frappé de pourvoi en cassation l'arrêt par lequel la cour d'appel se prononce sur la compétence sans statuer sur le fond du litige. »

- Évocation du fond

Au lieu de renvoyer l'affaire à la juridiction compétente, la cour d'appel peut cependant user du pouvoir d'évocation que lui reconnaît l'article 88 du Code de procédure civile, pour statuer directement sur le fond, « si elle estime de bonne justice de donner à l'affaire une solution définitive après avoir ordonné elle-même, le cas échéant, une mesure d'instruction. »

Cette dernière procédure permet de gagner du temps, mais on sacrifie alors le principe du double degré de juridiction, puisque cette affaire n'a jamais été évoquée au fond par le premier juge. La procédure d'évocation est donc soumise à certaines conditions :

- la cour d'appel doit être juridiction d'appel par rapport à la juridiction qu'elle estime compétente (article 88 précité).

Peu importe que ladite juridiction qu'elle estime compétente soit la juridiction primitivement saisie, dont elle est normalement juridiction d'appel ou une autre juridiction de première instance, dont elle peut être juridiction d'appel<sup>2</sup> :

Ex. appel formé devant la cour d'appel d'Amiens à l'encontre d'un jugement sur la compétence rendu par le tribunal judiciaire de Compiègne. Que la cour d'appel d'Amiens considère que celui-ci était effectivement compétent ou qu'elle estime, par exemple, que c'était le tribunal judiciaire de Saint Quentin qui était compétent, dans les deux cas, elle pourra évoquer l'affaire au fond. En effet, la cour d'appel d'Amiens est juridiction d'appel par rapport à l'une comme l'autre de ces deux juridictions.

- Les parties doivent être invitées, le cas échéant, à constituer avocat, si les règles applicables à l'appel des décisions rendues par la juridiction dont émane le jugement frappé d'appel imposent cette constitution (article 89, alinéa 1er, du Code de procédure civile).

Si aucune des parties ne constitue avocat, la cour peut prononcer d'office la radiation de l'affaire par décision motivée non susceptible de recours (article 89, alinéa 2). Copie de cette décision est portée à la connaissance de chacune des parties par lettre simple adressée à leur domicile ou à leur résidence (même texte).

- Elles doivent enfin être invitées, bien entendu, à s'expliquer sur leurs prétentions au fond.

Contre l'arrêt d'appel, un pourvoi en cassation peut encore, dans tous les cas, être intenté (article 607 du Code de procédure civile). Si la cour d'appel a décidé d'évoquer l'affaire, le pourvoi en cassation n'en est pas moins recevable immédiatement, alors même qu'elle n'aurait pas encore statué au fond (article 607-1 du Code de procédure civile, réd. décret n° 2014-1338 du 6 novembre 2014<sup>3</sup>).

b. Appel d'un jugement se prononçant sur la compétence et le fond du litige

L'appel est également ouvert à l'encontre du jugement par lequel le juge s'est déclaré compétent et a statué sur le fond du litige. La procédure d'appel de droit commun s'applique alors. Deux hypothèses sont néanmoins à distinguer, selon que le jugement a été rendu ou non en premier et dernier ressort sur le fond (articles 90 et 91 du Code de procédure civile).

α) Jugement rendu en premier et dernier ressort

Seule la compétence peut faire l'objet de l'appel, à l'exclusion du fond du droit, selon l'article 91, alinéa 1er, du Code de procédure civile. Cette solution déroge au principe selon lequel les jugements rendus en premier et dernier ressort ne peuvent être frappés que d'un pourvoi en

<sup>1</sup> Civ. 2, 1er juin 2017, n° 16-18739, B. II, n° 114 (arrêt rendu à propos de l'ancien article 79, que l'article 86 remplace).

<sup>2</sup> Couchez et Lagarde, *Procédure civile*, n° 106 (à propos de l'ancien contredit).

<sup>3</sup> Civ. 1, 22 septembre 2016, n° 15-12357, B. I, n° 171. Le décret du 6 novembre 2014 a condamné la jurisprudence antérieure : Civ. 2, 6 oct. 2005, n° 03-20404, B. II, n° 235.

cassation. Tant que la cour d'appel n'a pas tranché la question de la compétence, le plaideur est en effet irrecevable à critiquer la compétence de la juridiction de première instance par la voie d'un pourvoi en cassation<sup>1</sup> : le pourvoi en cassation étant une voie de recours extraordinaire, n'est ouvert que lorsque l'appel, voie de recours ordinaire, est fermé<sup>2</sup>.

Le pourvoi en cassation demeure, en revanche, ouvert à l'effet de critiquer les chefs du jugement par lesquels le tribunal a statué sur le fond du droit. Toutefois, en sa rédaction issue du décret du 6 mai 2017 précité, l'article 91, alinéa 1er, du Code de procédure civile précise, *in fine* : « *Un pourvoi formé à l'encontre des dispositions sur le fond rend l'appel irrecevable.* »

Cette irrecevabilité sanctionne l'incohérence du plaideur, au regard des principes d'une bonne administration de la justice<sup>3</sup>. En effet, le plaideur ne saurait simultanément, sans se contredire au détriment de son adversaire, contester la compétence de la juridiction de la première instance au moyen d'un appel et, présupposant au contraire implicitement la compétence de cette juridiction, quereller le jugement au fond par la voie d'un pourvoi en cassation.

Tout cela étant précisé, deux cas de figure peuvent alors, à nouveau, se présenter, en cas d'appel d'un jugement de première instance s'étant prononcé à la fois sur la compétence et, en dernier ressort, sur le fond.

- Confirmation de la décision sur la compétence

La cour d'appel confirme la décision sur la compétence. Le jugement de première instance produira alors pleinement effet sur le fond, sous réserve d'un éventuel pourvoi en cassation.

- Infirmation de la décision sur la compétence

La cour d'appel infirme la décision sur la compétence. Le jugement de première instance est alors sans valeur et la cour d'appel devra désigner la juridiction devant laquelle l'affaire doit être reprise. La décision de renvoi s'impose aux parties et à la juridiction de renvoi, réserve faite d'un pourvoi en cassation formé à l'encontre de l'arrêt d'appel (article 91, alinéa 2, du Code de procédure civile).

β) Jugement rendu en premier ressort seulement

Le jugement peut être frappé d'appel dans son ensemble, d'après l'article 90, alinéa 1er, du Code de procédure civile. Deux éventualités se présentent alors à nouveau.

- Confirmation de la décision sur la compétence

La cour d'appel confirme la décision sur la compétence et statue à son tour sur le fond, conformément au principe de l'effet dévolutif de l'appel.

- Infirmation de la décision sur la compétence

La cour d'appel infirme la décision sur la compétence. Il convient alors de distinguer, de nouveau, deux cas :

- La cour d'appel est la juridiction d'appel du tribunal à son avis compétent. Toujours conformément au principe de l'effet dévolutif de l'appel, elle est alors saisie du litige dans son entier et, partant, obligée à son tour de statuer sur le fond (article 90, alinéa 2, du Code de procédure civile)<sup>4</sup>.
- La cour d'appel n'est pas la juridiction d'appel du tribunal qu'elle estime compétent. Elle doit alors renvoyer l'affaire devant la juridiction d'appel du tribunal à qui revenait la

<sup>1</sup> Civ. 2, 8 avril 1976, *D.* 1976, *IR* 191 ; *RTD civ.* 1976, 615, obs. J. Normand ; Com. 26 octobre 1976, n° 75-11904, *B.* IV, n° 269 ; Civ. 2, 27 mai 1988, n° 86-19092, *B.* II, n° 122 ; Com. 9 janvier 1991, n° 88-17153 ; Soc. 17 juin 1992, n° 91-60225, *B.* V, n° 399 ; Com. 28 juin 1994, n° 92-17346 ; Soc. 22 janvier 2002, n° 00-60426 00-60427, *B.* V, n° 23.

<sup>2</sup> Soc. 17 juin 1992 et Soc. 22 janvier 2002, préc.

<sup>3</sup> *Cf. supra* : titre I « L'action en justice », chap. II « Régime de l'action en justice », section 1 « Existence de l'action en justice », § 2 « Conditions objectives de l'action en justice », C. « Conditions relatives à la cohérence de l'action », 2. « Cohérence de l'action avec les principes d'une bonne administration de la justice », b. « Cohérence procédurale ».

<sup>4</sup> Soc. 14 décembre 2016, n° 15-21707.



compétence (article 90, alinéa 3). Cette décision s'impose aux parties et à la cour de renvoi (même texte).

## § 2 Procédure dérogatoire, simplifiée de règlement des incidents au sein du tribunal judiciaire<sup>1</sup>

Le décret n° 2017-891 du 6 mai 2017 avait réformé la procédure de règlement des incidents de compétence en appel, sans que les modifications apportées au droit en vigueur aient apporté de progrès notable<sup>2</sup>. Mais cela n'a pas suffi au législateur, puisque, un peu plus de deux ans après cette réforme, par le décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019, il a cru devoir changer à nouveau le régime du règlement des incidents de compétence. Le décret a en effet introduit une procédure de règlement soi-disant « simplifiée » pour les questions de « compétence » se posant au sein d'un tribunal judiciaire. L'article 76, alinéa 1er du Code de procédure civile *in limine* en annonce l'existence, en renvoyant à l'article 82-1 du même code gouvernant cette procédure.

Cette manière technocratique de modifier continuellement les règles applicables, au mépris de la sécurité juridique et pour des résultats au mieux dérisoires et au pire néfastes, est proprement détestable. De fait, on verra que, loin de simplifier la procédure de règlement des incidents de compétence, l'innovation résultant du décret du 11 décembre 2019 la complique un peu plus encore, en encourageant la chicane.

On précisera le domaine de la procédure dérogatoire, simplifiée de règlement, puis on expliquera son déroulement.

### A. Domaine de la procédure dérogatoire, simplifiée de règlement

Aux termes de l'article 82-1 du Code de procédure civile, cette procédure n'est utilisable que pour régler les questions de compétence se posant « *au sein d'un tribunal judiciaire* ». Cette précision appelle une critique et une remarque.

Tout d'abord, à proprement parler, aucune question de compétence ne se pose à l'intérieur d'un tribunal judiciaire. En particulier les chambres de proximité ne sont que des émanations du tribunal judiciaire, et non des juridictions distinctes. La question de savoir si une affaire doit leur être attribuée ou si celle-ci relève du tribunal judiciaire lui-même n'est donc pas véritablement une question de compétence. La terminologie employée par le législateur ne laisse dès lors pas de surprendre.

Ensuite, cette procédure n'est applicable que pour les questions de « compétence » se posant au sein d'un tribunal judiciaire. Aussi apparaît-elle inutilisable pour résoudre les conflits de compétence territoriale entre deux ou plusieurs tribunaux judiciaires, sans qu'on comprenne bien les raisons pour lesquelles le législateur n'a pas entendu les y soumettre également.

### B. Déroulement de la procédure dérogatoire, simplifiée de règlement

Le règlement de la question de compétence, puis la contestation de la compétence du juge désigné seront successivement exposés.

#### 1. Règlement de la question de compétence

Selon l'article 82-1 du Code de procédure civile, à la demande d'une partie ou d'office par le juge, la question de compétence est réglée avant la première audience par une simple mention au dossier.

L'exigence temporelle d'un règlement de la question « *avant la première audience* » risque de rendre mort-née cette procédure simplifiée. En effet, le juge n'aura ni le temps ni les moyens de régler la question de compétence avant la première audience, alors qu'il n'a même pas encore examiné le dossier. Quant au défendeur, qui entendrait contester la « compétence » de la formation du tribunal judiciaire saisie, il préférera se prévaloir d'une exception d'incompétence, afin de retarder davantage la procédure.

L'affaire est alors transmise par le greffe au juge désigné. Les parties et avocats en sont avisés sans délai

<sup>1</sup> C. Bléry « Simplification des exceptions d'incompétence », *Daloz Actualité* 20 janvier 2020, dossier *Réforme de la procédure civile* ; S. Amrani Mekki « Nouvelles réformes de procédure civile - Vous avez dit simplification ? », *JCP* 20 janvier 2020, *doctr.* 78, n° 8-9 ; B. Taillebot et Ch. Gallino « Le regard de la magistrature sur la réforme de la procédure civile "Voici enfin l'œuvre fameuse, le palais aux détours inextricables" (Virgile, *Énéide*, IV, 27) » *Dr. fam.* avril 2020, *Etude* 13, n° 6.

<sup>2</sup> *Cf. supra* : 2. « Appel du jugement de première instance ».

par tout moyen conférant date certaine.

En effet cette date constitue le *dies a quo* du délai de trois mois, pendant lequel les parties ou le juge désigné peuvent remettre en cause la désignation du juge. En ce cas, l'affaire est renvoyée, une nouvelle fois par simple mention au dossier, au président du tribunal judiciaire qui transmet le dossier selon les mêmes modalités administratives au juge qu'il désigne. Sa décision n'est pas susceptible de recours, car il ne s'agit, là encore, que d'une mesure d'administration judiciaire.

La procédure simplifiée revêt donc un caractère quasiment administratif, à toutes ses étapes.

## 2. Contestation de la compétence du juge désigné

Si l'attribution de l'affaire n'a pas été contestée dans les trois mois ou après renvoi par le président du tribunal, la question aura été définitivement réglée, de manière souple et efficace.

Mais, dans le cas contraire, le plus fréquent si tant est que le juge ou les parties recourent à l'article 82-1, la procédure suivie se traduira, tout à rebours, par une perte de temps inutile. En effet, aux termes de l'article 82-1, dernier alinéa :

*La compétence du juge peut être contestée devant lui par les parties. La décision se prononçant sur la compétence peut faire l'objet d'un appel dans les conditions prévues à la sous-section 2 de la présente section.*

En d'autres termes, la partie en désaccord avec la compétence du juge que le président a désigné, pourra exciper de son incompétence et relever appel du jugement rendu, conformément au droit commun<sup>1</sup>. Le règlement simplifié de la question d'incompétence n'aura donc servi à rien, sinon à retarder la solution du problème de compétence.

## Section 2 : Renvoi pour cause de litispendance ou de connexité

La litispendance comme la connexité évoque un conflit de compétence entre deux juridictions civiles différentes et toutes les deux compétentes. Dans les deux cas, il s'agit de prévenir un risque de contrariété de décisions à propos :

- soit de deux demandes identiques – litispendance –
- soit de questions présentant entre elles des liens étroits – connexité,

en procédant à une jonction des instances : renvoi de l'une des demandes devant le tribunal déjà saisi de l'autre, afin que la même juridiction les instruisse et les juges toutes deux.

Ces incidents sont aujourd'hui réglementés dans les articles 100 à 107 du Code de procédure civile.

### § 1 Incident de litispendance

Dans la litispendance, il s'agit d'une même affaire qui est pendante devant deux juridictions également compétentes. C'est souvent le cas lorsque la loi offre au demandeur une option de compétence. On traitera, tout d'abord, de l'initiative de l'incident de litispendance et, ensuite, de son règlement.

#### A. Initiative de l'incident de litispendance

##### 1. Personne à l'origine de l'incident

La litispendance doit être invoquée (article 100 du Code de procédure civile) :

- soit par une partie au moyen d'une exception de litispendance qu'elle doit soulever in limine litis, conformément à l'article 74, alinéa 1er, du Code de procédure civile,
- soit d'office par le juge.

##### 2. Juridiction compétente pour connaître de l'incident

L'incident doit être soulevé :

<sup>1</sup> Cf. *supra* : § 1 « Procédure normale de règlement des incidents de compétence ».

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Panthéon-Assas  
Licence droit 3ème année Melun 2023-2024

- soit devant la juridiction qui a été saisie la dernière en date si ces juridictions appartiennent au même degré (article 100 du code de procédure civile),
- soit devant la juridiction de degré inférieur si les juridictions saisies ne sont pas de même degré (article 102 du Code de procédure civile).

#### B. Règlement de l'incident de litispendance

La solution est simple (articles 100 et 102 du Code de procédure civile). Lorsque les deux juridictions sont de même degré, celle saisie en second doit tout simplement se dessaisir. Dans le cas où les juridictions seraient de degrés différents, c'est la juridiction de degré inférieur qui doit se dessaisir.

Les recours contre les décisions sur la litispendance sont formés et jugés comme en matière d'exception d'incompétence (article 104 du Code de procédure civile). Un pourvoi en cassation immédiat contre l'arrêt d'appel se bornant à trancher un incident de litispendance sans se prononcer sur le fond du droit est donc recevable (articles 104 et 607-1 du Code de procédure civile combinés)<sup>1</sup>.

### § 2 Incident de connexité

Définition : la connexité suppose de deux affaires pendantes devant des juridictions différentes, mais qui sont voisines et sont unies par un lien de connexité, c'est-à-dire un lien si étroit qu'il est de « *l'intérêt d'une bonne justice de les faire instruire et juger ensemble* » (article 101 du Code de procédure civile). Les juges du fond sont souverains pour apprécier la connexité<sup>2</sup>.

L'incident de connexité obéit à un régime identique à celui de l'incident de litispendance, à quelques réserves près sur lesquelles il convient brièvement d'insister.

#### A. Initiative de l'incident de connexité

L'initiative en revient exclusivement à une partie, au moyen de l'exception de connexité (article 101 du nouveau code de procédure civile), soulevé pour obtenir de l'un des juges qu'il se dessaisisse et qu'il renvoie en l'état la connaissance de l'affaire à l'autre juridiction.

Par dérogation au régime procédural de droit commun des exceptions de procédure de l'article 74, alinéa 1er, du Code de procédure civile<sup>3</sup>, « *l'exception de connexité peut être proposée en tout état de cause, sauf à être écartée si elle a été soulevée tardivement dans une intention dilatoire* » (article 103 du Code de procédure civile).

#### B. Règlement de l'incident de connexité

Si les juridictions ne sont pas du même degré, comme en matière de litispendance c'est la juridiction de degré inférieur qui doit connaître de l'exception et se dessaisir et renvoyer l'affaire à l'autre juridiction (article 102 du Code de procédure civile).

En revanche, en présence de la compétence exclusive d'une juridiction saisie de l'affaire, le renvoi pour connexité, selon la jurisprudence<sup>4</sup>, ne peut être demandée qu'à l'autre juridiction, laquelle doit se dessaisir au profit de celle qui a une compétence exclusive. L'accueil de l'exception de connexité ne saurait, à l'inverse, conduire à une prorogation de la compétence d'attribution d'une juridiction d'exception au détriment de la compétence de droit commun du tribunal judiciaire (article L. 211-3 du Code de l'organisation judiciaire), en violation de l'article 51, alinéa 2, du Code de procédure civile<sup>5</sup>.

Les recours contre les décisions statuant sur une exception de connexité sont formés et jugés comme en matière d'exception d'incompétence (article 104 du Code de procédure civile). Il en résulte que l'arrêt d'appel se bornant à statuer sur une telle exception, sans se prononcer sur le fond du litige est susceptible d'un pourvoi en cassation immédiat (articles 104 et 607-1 du Code de procédure civile combinés)<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Cf. § 2 « Incident de connexité », B. « Règlement de l'incident de connexité » et la jurisprudence citée en référence.

<sup>2</sup> Civ. 1, 6 février 1974, *B. I*, n° 46 ; Civ. 2, 1er mars 1978, *Gaz. Pal.* 1978, 1, *Pan.* 153 ; Civ. 1, 19 avril 1983, *B. I*, n° 123 ; Soc. 13 octobre 1988, *B. V*, n° 514). Mais ils doivent rechercher la connexité invoquée : Civ. 1, 26 mai 1982, *B. I*, n° 199.

<sup>3</sup> Civ. 3, 19 janvier 1983, *B. III*, n° 19.

<sup>4</sup> Civ. 2, 12 octobre 1978, *B. II*, n° 208.

<sup>5</sup> Civ. 2, 1er mars 2018, n° 16-22987, *B. II*, n° 39.

<sup>6</sup> Civ. 2, 1er mars 2018, n° 16-22987, préc.

## DEUXIEME PARTIE : L'INSTANCE

Titre I : Cadre juridique de l'instance  
Titre II : Déroulement de l'instance  
Titre III : Incidents d'instance

### Titre I : Cadre juridique de l'instance

Chap. I : Principes fondamentaux du procès  
Chap. II : Principes directeurs du procès  
Chap. III : Formalisme de l'instance

#### Chap. I : Principes fondamentaux du procès<sup>1</sup>

Ces principes fondamentaux résultent essentiellement du célèbre article 6, § 1 de la convention EDH et de la jurisprudence de la Cour européenne qui a interprété cette disposition<sup>2</sup>. Ils font parfois double emploi avec des dispositions inscrites dans le Code de procédure civile ou des principes consacrés directement par les juridictions internes, constitutionnelle, administratives ou judiciaires. Leur étude détaillée relève du cours de droit processuel de master 1. On se bornera donc à en donner ici un aperçu.

Aux termes de l'article 6, § 1, de la Convention EDH, « *Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial* ». Ce droit renferme plusieurs composantes : droit d'accès à un tribunal, droit à un procès équitable, droit à une justice publique et rapide, droit à un tribunal indépendant et impartial.

#### Section 1 : Droit d'accès à un tribunal

L'article 6, § 1, suppose, en tout premier lieu, un accès effectif à un tribunal, pour y faire entendre sa cause, ainsi que la Cour européenne l'a énoncé notamment dans le célèbre arrêt *Golder*<sup>3</sup>. Selon la Cour européenne, en effet, l'accès effectif à un tribunal est un élément inhérent au droit à ce que sa cause soit entendue équitablement affirmé par l'article 6, § 1. Parallèlement le Conseil constitutionnel a élevé le droit d'exercer un recours effectif devant une juridiction au rang de principe à valeur constitutionnelle<sup>4</sup>.

L'accès au tribunal soulève la question de l'aide juridictionnelle pour les justiciables démunis. Selon la Cour européenne, en matière de contestation sur des droits et obligations de caractère civil, la Convention n'oblige en principe pas les États à organiser un système d'aide juridictionnelle, mais à rendre effectif le droit d'accès au tribunal<sup>5</sup>. En effet, s'il garantit aux plaideurs un droit effectif d'accès aux tribunaux pour les décisions relatives à leurs droits et obligations de caractère civil, l'article 6, § 1 laisse à l'État le choix des moyens à employer à cette fin<sup>6</sup>. On sait néanmoins que la France a mis en place un système d'aide juridictionnelle, y compris en matière civile.

#### Section 2 : Droit à un procès équitable

L'équité se comprend, dans l'article 6, § 1, dans le sens d'égalité, d'équilibre. Sur le fondement de ce texte, la Cour européenne des droits de l'homme exige que le procès dans son ensemble ait assuré à chacune des parties un traitement égal. Elle peut ainsi sanctionner tout procès qui se déroulerait dans des conditions de nature à placer injustement une partie dans une situation désavantageuse par rapport à une autre. Le Conseil

<sup>1</sup> S. Amrani-Mekki « La fondamentalisation du droit du procès », *RDA* n° 11, octobre 2015, p. 72 et suiv.

<sup>2</sup> L. Milano « L'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et le droit des libertés », *RDA* n° 20, octobre 2020, p. 51-59.

<sup>3</sup> CEDH 21 février 1975, *Golder c/ Royaume-Uni*, série A, n° 18, § 36.

<sup>4</sup> Cons. const. décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, cons. 11.

<sup>5</sup> CEDH 9 oct.1979, *Airey c. Irlande*, série A n°32, § 26.

<sup>6</sup> *Ibid.*

constitutionnel, de son côté, a élevé le droit à un procès équitable au rang de principe à valeur constitutionnelle<sup>1</sup>, en l'élevant au rang de principe fondamental reconnu par les lois de la République<sup>2</sup>.

En se fondant sur le droit au procès équitable, la Cour européenne a ainsi consacré des droits qui ne sont pas, comme tels, exprimés dans la convention et sa jurisprudence exerce une influence importante sur le droit judiciaire français. Pour s'en tenir à la procédure civile<sup>3</sup>, on peut regrouper ces droits dans trois catégories : l'égalité des armes, le principe du contradictoire et le droit à la motivation.

### § 1 Égalité des armes

La Cour européenne des droits de l'homme considère que l'égalité des armes constitue une exigence essentielle du procès équitable<sup>4</sup>. Elle la définit comme « l'obligation d'offrir à chacune des parties une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire »<sup>5</sup>.

### § 2 Principe du contradictoire

La contradiction implique pour une partie la faculté de prendre connaissance des observations, de l'argumentation ou des pièces produites par l'autre ainsi que d'en discuter<sup>6</sup>. Le principe du contradictoire est également un principe directeur de l'instance, que le Code de procédure civile régit et sur lequel on reviendra ultérieurement. C'est enfin un principe à valeur constitutionnelle, que le Conseil constitutionnel a dérivé de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789<sup>7</sup>.

### § 3 Droit à la motivation

La cour européenne des droits de l'homme considère que l'énoncé des motifs d'une décision de justice est seul de nature à permettre au justiciable de vérifier que le juge a bien examiné ses prétentions et donc qu'il a été entendu. L'article 455, alinéa 1er, du Code de procédure civile prévoit également cette exigence, dont l'article 458 du même code sanctionne l'inobservation par la nullité du jugement<sup>8</sup>.

## Section 3 : Droit à une justice publique et rapide

Aux termes de l'article 6, la justice doit être rendue publiquement et dans un délai raisonnable.

### § 1 Publicité de la justice

La publicité vise en fait à inspirer confiance et répond à une exigence de transparence. Néanmoins, elle connaît des tempéraments. Le Code de procédure civile en traite également.

<sup>1</sup> Cons Const décision du 9 avril 1996, DC 96-373 DC. Cf., depuis lors : Cons. const. décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, cons. 11 ; Cons. Const. décision du 17 juin 2011, 2011-138 QPC.

<sup>2</sup> Rappelons que le préambule de la constitution du 27 octobre 1946, auquel renvoie celui de la constitution du 4 octobre 1958, renvoie lui-même aux principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, auxquels le Conseil constitutionnel reconnaît dès lors une valeur constitutionnelle, selon une jurisprudence bien établie.

<sup>3</sup> S. Guinchard « L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme et de la jurisprudence de la Cour européenne sur la procédure civile », *LPA* n° 72, 12 avril 1999, p. 4 ; M. Fabre « Le droit à un procès équitable - Etude de jurisprudence sur l'application de l'article 6, § 1, de la Convention EDH », *J.C.P.* 1998, I, 157.

<sup>4</sup> CEDH 24 novembre 1997, *Werner c/ Autriche*, *Rec.* VII, p. 2496, § 63 ; *J.C.P.* 1998, I, 107, n° 27, obs. F. Sudre.

<sup>5</sup> CEDH 27 octobre 1993, *Dombo Beheer B.V. c/ Pays-Bas*, série A, n° 274, § 33 ; *J.C.P.* 1994, I, 3742, n° 14, obs. F. Sudre ; CEDH 9 décembre 1994, *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c/ Grèce*, série A, n° 301 B, § 46 ; *Gaz. Pal.* 1995, II, 540, note D. Vorms ; *JCP* 1995, I, 3823, n° 17, obs. F. Sudre ; *RTD civ.* 1995, p. 652, n° 3, obs. F. Zénati et 1996, p. 1019, n° 1, obs. J.-P. Marguénaud ; CEDH 24 novembre 1997, *Werner c/ Autriche*, préc.

<sup>6</sup> Cf. *infra* : 2ème partie « L'instance », titre I « Le cadre juridique de l'instance », chap. II « Principes directeurs du procès civil », section 3 « Principe de la contradiction », et la jurisprudence citée.

<sup>7</sup> Cf. *infra* : Deuxième partie « L'instance », titre I « Cadre juridique de l'instance », chap. II « Principes directeurs du procès », section 3 « Principe de la contradiction ».

<sup>8</sup> Cf. *infra* : 3ème partie « Le dénouement du procès », titre I « Le jugement », chap. II « Elaboration du jugement », section 1 « Conditions d'élaboration du jugement » et la jurisprudence citée.

## § 2 Célérité de la justice

La justice doit, en outre, être rendue dans un délai raisonnable, quitte à démentir la plaisanterie souvent faite dans les couloirs du Palais, selon laquelle « *Il n'y a pas d'affaires urgentes, mais uniquement des clients pressés* »<sup>1</sup>. Seule la célérité permet en effet d'avoir une justice crédible et efficace. Une lenteur excessive peut équivaloir à un déni de justice, voire priver le justiciable de son accès effectif à un tribunal. L'exigence conventionnelle d'un délai raisonnable a valu beaucoup de condamnations à la France. La condition de célérité s'apprécie suivant les circonstances de la cause et utilise différents critères, tels que la complexité de l'affaire, le comportement des requérants ou bien encore l'enjeu du litige pour le plaignant.

## Section 4 : Droit à un tribunal indépendant et impartial

L'article 6-1 pose des conditions relatives au juge appelé à statuer sur les droits à caractère civil, en énonçant qu'il doit s'agir d'un tribunal établi par la loi, indépendant et impartial.

### § 1 Un tribunal

Le tribunal auquel le droit d'accès est garanti, n'est pas défini par référence aux droits nationaux. Il s'agit d'une notion autonome que la Cour européenne des droits de l'homme a définie à partir de plusieurs critères. Elle a défini le tribunal comme celui qui a pour objet de trancher toute question relevant de sa compétence, sur la base de normes de droits à l'issue d'une procédure organisée<sup>2</sup>. Cette définition adopte une approche matérielle, puisqu'on tient compte de la finalité de l'intervention du juge, en prenant en compte sa fonction juridictionnelle. Peu importe donc la qualification qu'un organe reçoit en droit interne, pourvu que sa fonction soit bien juridictionnelle au sens que la Cour européenne donne de l'expression<sup>3</sup>. Ainsi un État ne pourrait-il s'affranchir des exigences conventionnelles d'indépendance et d'impartialité de tout tribunal, en soutenant que l'autorité qu'il a instituée n'est pas qualifiée tribunal en droit interne.

### § 2 Un tribunal indépendant et impartial<sup>4</sup>

Le tribunal ainsi défini n'est apte à trancher une contestation que lorsqu'il est aussi indépendant et impartial. Indépendant et impartial sont deux termes différents, mais qui entretiennent des liens entre eux. A dire vrai, l'indépendance est une condition préalable de l'impartialité. La Cour européenne des droits de l'homme a défini de manière autonome des deux notions. Selon le Conseil constitutionnel, le principe d'indépendance et d'impartialité dans l'exercice de fonctions juridictionnelles a valeur constitutionnelle, car l'article 16 de la Déclaration de droits de l'homme et du citoyen de 1789, là encore, l'implique<sup>5</sup>.

Pour assurer les principes d'indépendance et d'impartialité du tribunal, le Code de procédure civile organise les procédures de renvoi pour cause de récusation d'un juge ou de suspicion légitime à l'encontre d'une juridiction (article 341 et suiv.), ainsi que la procédure de prise à partie dirigée contre un juge (article 366-1 et suiv.). L'article L. 111-6 du Code de l'organisation judiciaire égrène huit cas de récusation d'un juge. Mais, selon la Cour de cassation, cette liste n'est pas limitative<sup>6</sup>.

#### A. Indépendance du tribunal

L'indépendance correspond à un statut. Pour déterminer si un tribunal est indépendant, la Cour européenne a égard au mode de désignation de ses membres, à la durée de leur mandat, à l'existence de garanties contre les pressions extérieures...<sup>7</sup> En bref, le statut doit faire obstacle à toute influence extérieure ou intérieure qui pourrait s'exercer sur le juge.

<sup>1</sup> Strickler et Varnek, *Procédure civile*, n° 26.

<sup>2</sup> CEDH 22 octobre 1984, *Sramek c/ Autriche*, série A n°84, § 36 ; CEDH 29 avril 1998, *Belilos*, série A n° 132, p. 29, § 64 ; CEDH 27 août 1991, *Demicoli c/ Malte*, req. n° 13057/87, § 39.

<sup>3</sup> CEDH 22 octobre 1984, *Sramek c/ Autriche*, § 36.

<sup>4</sup> Chainais et alii, *Procédure civile*, n° 1129 et suiv.

<sup>5</sup> Cons. const. décision n° 2010-110 QPC du 25 mars 2011, cons. 3 ; décision n° 2012-250 QPC du 08 juin 2012, cons. 3 ; Décision n° 2014-457 QPC du 20 mars 2015, cons. 4.

<sup>6</sup> Civ. 1, 28 avril 1998, *B. I.*, n° 155.

<sup>7</sup> CEDH 22 octobre 1984, *Sramek c/ Autriche*, § 37 et suiv.

## B. Impartialité du tribunal

L'impartialité traduit le principe de neutralité du juge. Elle revêt traditionnellement deux aspects, subjectif et objectif.

### 1. Impartialité subjective

L'impartialité subjective se définit comme l'absence de préjugés dans son for intérieur. Elle est présumée jusqu'à preuve du contraire<sup>1</sup>. Pour la remettre en cause, il faudra des éléments objectifs, c'est-à-dire faire état de paroles ou d'écrits du juge démontrant qu'il a un préjugé au sujet de l'affaire qu'il doit trancher<sup>2</sup>.

### 2. Impartialité objective

L'impartialité objective suppose que le tribunal donne toutes les apparences de neutralité, pour exclure tout doute dans l'esprit du public. Pour assurer cette impartialité objective, la jurisprudence française a édicté diverses incompatibilités. En particulier, ne peut être juge d'une affaire celui qui l'a déjà jugée<sup>3</sup>.

## Chap. II : Principes directeurs du procès<sup>4</sup>

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

La doctrine en dresse empiriquement des listes<sup>5</sup>. En s'inspirant de l'ouvrage *Procédure civile*, de C. Chainais, F. Ferrand, S. Guinchard et L. Mayer, on peut ainsi distinguer les quatre principes suivants.

Section 1 : Principe d'initiative

Section 2 : Principe dispositif

Section 3 : Principe de la contradiction (ou principe du contradictoire)

Section 4 : Principes de publicité et d'oralité des débats

### Section 1 : Principe d'initiative

Traditionnellement, on considère que la procédure civile est de type accusatoire. Le rôle majeur revient en effet aux parties, auxquelles la loi laisse le soin de déterminer les éléments de l'instance et de conduire le procès au mieux de leurs intérêts privés. A l'inverse, le juge n'a qu'un rôle effacé d'arbitre entre les parties : il est simplement chargé de trancher avec les éléments qu'on lui apporte. C'est ce qui a fait dire que le procès, c'est la chose des parties.

Toutefois les dernières réformes de la procédure civile ont profondément transformé cette vision traditionnelle. En effet, on a réduit la liberté des parties afin d'assurer une meilleure gestion du procès et parallèlement, on a développé l'intervention du juge. Aussi, à l'heure actuelle, le procès apparaît-il comme la chose des parties et du juge : certes, les parties conservent une marge importante de liberté dans la détermination du procès, mais le

<sup>1</sup> Com. 16 octobre 2001, n° 98-12568, B. IV, n° 167.

<sup>2</sup> Pour une illustration, cf. Civ. 1, 14 septembre 2006, n° 04-20524, B. I, n° 222.

<sup>3</sup> CEDH 23 mai 1991, *Oberschlick c/ Autriche*, req. n° 11662/85, § 50 ; Civ. 2, 5 mai 1993, n° 91-19099, B. II, n° 159 ; JCP 1994, II, 22227, note E. Du Rusquec ; RTD civ. 1993, 876, obs. J. Normand : le juge qui s'est prononcé en première instance sur un litige ne peut être membre de la formation qui connaît du recours formé contre sa décision ; Ass. plén. 6 novembre 1998, n° 94-17709, B. Ass. plén., n° 5 : le juge ayant accordé une provision en référé sur le fondement de l'article 809, alinéa 2, du Code de procédure civile ne peut ensuite siéger dans la juridiction saisie du fond de l'affaire ; Civ. 2, 10 septembre 2009, n° 08-14004 : le conseiller de la mise en état ne peut siéger dans la formation de la cour qui statue sur le déféré formé contre son ordonnance en application de l'article 916, alinéa 2, du Code de procédure civile.

<sup>4</sup> H. Motulsky « Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971 », D. 1972, Chr. 91, reproduit in : H. Motulsky, *Ecrits et notes de procédure civile*, préf. G. Bolard, Dalloz, réimpr. 2009, p. 275 et suiv. ; L. Flise et E. Jeuland (dir.), *Les principes essentiels du procès à l'épreuve des réformes récentes du droit judiciaire privé*, Actes des 4ème rencontres de procédure civile, Bibliothèque de l'IRJS – André Tunc, 2014.

<sup>5</sup> E. Brochier « Cinq propositions de modification des principes directeurs du Code de procédure civile », in : *Liberté, justice, autorité – Mélanges en l'honneur de Laurent Aynès*, Lextenso LGDJ, 2019.

juge régle désormais activement ce procès<sup>1</sup>.

## § 1 Le pouvoir de direction des parties

Il suffit de partir des articles 1er et 2 du Code de procédure civile, dans lesquels il est clairement dit que les parties ont la direction du procès au stade de l'introduction de l'instance, dans son déroulement et dans son extinction.

### A. Introduction de l'instance

L'initiative en revient en principe aux parties, sauf dans les hypothèses exceptionnelles en matière civile, où une juridiction peut se saisir d'office.

#### 1. Principe : introduction de l'instance par les parties

« *Seules les parties introduisent l'instance hors les cas où la loi en dispose autrement* » (article 1er). Cet article évoque ce que la doctrine appelle un principe d'initiative, d'impulsion ou tout simplement accusatoire. Les parties ont en principe le monopole de l'introduction de l'instance.

#### 2. Exception : saisine d'office d'une juridiction

Ce n'est que par dérogation, que la loi a prévu des hypothèses dans lesquelles le juge peut se saisir d'office, par exemple, en matière de mesures d'assistance éducative, des matières de tutelle ou dans des matières économiques telles que les procédures collectives.

Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs encadré strictement la saisine d'office, en se fondant sur les dispositions de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen<sup>2</sup>. Selon le Conseil constitutionnel, en effet, il résulte du principe d'impartialité garanti par ce texte, « *qu'en principe une juridiction ne saurait disposer de la faculté d'introduire spontanément une instance au terme de laquelle elle prononce une décision revêtue de l'autorité de la chose jugée* ». Hors champ répressif, toujours d'après le Conseil constitutionnel, la saisine d'office d'une juridiction « *qu'à la condition qu'elle soit fondée sur un motif d'intérêt général et que soient instituées par la loi des garanties propres à assurer le respect du principe d'impartialité* »<sup>3</sup>.

Le Conseil constitutionnel n'a pas précisé en quoi consistent ces garanties, qui relèvent du domaine de la loi. En revanche, toujours dans cette décision, il a jugé inconstitutionnel l'article L. 631-5 du Code de commerce permettant au tribunal d'ouvrir d'office une procédure de redressement judiciaire d'une entreprise, procédure à dire vrai peu utilisée en pratique. Pour le Conseil, en effet, si cette saisine d'office est utile et fondée sur un motif d'intérêt général, aucune disposition ne garantit que le tribunal ne préjuge de sa position sur le fond en se saisissant d'office. Dès lors le respect du principe d'impartialité n'est pas assuré.

### B. Conduite de l'instance

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

Toutefois, pour la Cour de cassation, le défaut d'accomplissement d'une charge n'est pas, en soi, en l'absence d'abus, constitutif d'une faute<sup>4</sup>. En conséquence, celui qui s'en est abstenu n'est pas obligé *ipso facto* à réparer le préjudice que son omission a causé à la partie adverse, consistant dans les frais irrépétibles qu'elle aura pu exposer avant l'omission.

<sup>1</sup> L. Flise et E. Jeuland (dir.), *Le procès est-il encore la chose des parties ?*, Actes des 5ème rencontres de procédure civile, Bibliothèque de l'IRJS – André Tunc, 2015.

<sup>2</sup> C. const. décision n° 2012-286 QPC du 7 décembre 2012, *D.* 2013, 338, obs. A. Lienhard, note J.-L. Vallens ; *ibid.* 28, chr. M.-A. Frison-Roche ; *ibid.* 1584, obs. N. Jacquinet et A. Mangiavillano ; *Rev. soc.* 2013, 177, note L. C. Henry ; *RTD civ.* 2013, 889, obs. Ph. Théry.

<sup>3</sup> *Ibid.*, cons. 4.

<sup>4</sup> Civ. 2, 27 mai 2021, n° 19-23898 (P) ; *D. Actu.* 7 juin 2021, obs. N. Hoffschir ; *JCP* 2021, 893, note X. Vuitton.



Il en va néanmoins autrement, précise la Cour de cassation<sup>1</sup>, « en cas d'abus ». De prime abord, l'invocation par la Cour de cassation de la théorie de l'abus de droit peut paraître surprenante. En effet, une charge paraît l'inverse d'un droit. Toutefois, le plaideur conserve la faculté d'accomplir ou non la charge qui lui incombe, sauf à encourir la sanction procédurale légalement attachée à son inaction : par exemple, dans la procédure avec représentation obligatoire, l'auteur d'un pourvoi en cassation dispose d'un délai de quatre mois à compter de son pourvoi, pour déposer un mémoire ampliatif devant la Cour de cassation, contenant les moyens de droit invoqués contre la décision attaquée (article 978 du Code de procédure civile) ; s'il s'en abstient, il est simplement déchu de son pourvoi (même texte). Cette faculté, pour le plaideur, d'accomplir ou non la charge lui incombant, pourrait donc à la rigueur être analysée en un droit<sup>2</sup>. En outre, de l'inaction du plaideur peut se déduire un abus par celui-ci d'exercer son droit d'action, notamment sous la forme de son droit d'exercer une voie de recours<sup>3</sup>. Sans doute est-ce la raison pour laquelle la Cour de cassation a jugé que cette inaction, pourrait en certaines circonstances, dégénérer en abus et engager, à ce titre, la responsabilité civile du plaideur sur le fondement de l'article 1240 du Code civil.

### C. Extinction de l'instance

En ce qui concerne l'extinction de l'instance, il suffit de reprendre la lecture de l'article 1er, pour y apprendre que les parties ont la liberté d'y mettre fin avant qu'elle ne s'éteigne par l'effet du jugement ou en vertu de la loi. La liberté de mettre fin à l'instance est le corollaire de la liberté d'introduire l'instance. Cependant la symétrie est imparfaite, car la liberté de mettre fin à l'instance n'est pas l'apanage des seules parties. En effet, si celles-ci ont la faculté de mettre fin à l'instance, cette dernière peut également prendre fin pour d'autres causes : à la demande d'une partie, le juge doit prononcer la péremption de l'instance, ce qui entraîne l'extinction de celle-ci, lorsque aucune des parties n'a accompli de diligences pendant une période de deux ans (articles 386 à 388, alinéa 1er, du Code de procédure civile)<sup>4</sup>. Il peut même la constater d'office, après avoir invité les parties à présenter leurs observations, donc dans le respect du contradictoire (article 388, alinéa 2, rédaction issue du décret n° 2017-892 du 6 mai 2017).

Les parties peuvent également suspendre l'instance. En effet, le décret du 26 décembre 1998 a consacré, à l'article 382 du Code de procédure civile, une pratique jurisprudentielle consistant pour les parties à demander ensemble que l'affaire soit tout simplement retirée du registre des affaires en cours, de manière à éventuellement tenter une dernière conciliation. Naguère appelée « radiation conventionnelle » par la jurisprudence, cette technique est qualifiée de retrait du rôle. Elle ne doit pas être confondue avec la radiation, décision par laquelle le juge sanctionne le défaut de diligence des parties en supprimant l'affaire du rang des affaires en cours (article 381 du Code de procédure civile)<sup>5</sup>. Toutefois la décision de radiation, comme celle de retrait du rôle, constitue une mesure d'administration judiciaire, comme telle insusceptible de recours (articles 383, alinéa 1er, et 537 du Code de procédure civile).

## § 2 Le pouvoir régulateur du juge

Ce pouvoir est très important, car il permet d'accélérer le cours de la justice. Il est évident, en effet, qu'un plaideur qui sait qu'il va perdre son procès a intérêt à freiner des deux pieds. L'article 3 confie donc au juge le soin de veiller au bon déroulement de l'instance. Le juge est ainsi investi d'une mission de régulation de l'instance. Dans la procédure contentieuse ordinaire devant le tribunal judiciaire, procédure à caractère écrit<sup>6</sup>, le pouvoir régulateur du juge se manifeste à deux moments.

- Tout d'abord, au cours de l'instruction, un juge dispose de ce pouvoir afin de veiller à la mise en l'état de l'affaire (article 779, dernier alinéa, articles 780 et suiv. du Code de procédure civile). Ce juge dit juge de la mise en état a des pouvoirs spéciaux, lesquels lui permettent de rythmer l'instruction<sup>7</sup>. Il peut ainsi imposer des délais aux parties pour conclure (article 781) et pour l'échange des pièces (article 788, implicitement). Il peut intervenir pour obliger une partie à mettre en conformité ses écritures aux exigences légales (article 782, alinéa 1er). Son rôle est d'autant plus important que le juge peut sanctionner un comportement négligent de l'une des parties, en décidant tout simplement le renvoi de l'affaire telle quelle, et donc aux risques et périls du plaideur négligent (article 800). Il peut même décider de radier l'affaire, par une

<sup>1</sup> *Ibid.*

<sup>2</sup> Hoffschir, obs. préc.

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> *Cf. infra* : titre III « Incidents d'instance », chap. II « Incidents affectant le cours de l'instance », section 3 « Extinction de l'instance », § 1 « La péremption d'instance ».

<sup>5</sup> *Cf. infra* : titre III « Incidents d'instance », chap. II « Incidents affectant le cours de l'instance », section 2 « Suspension de l'instance », § 2 « La radiation et le retrait du rôle ».

<sup>6</sup> *Cf. infra* : titre II « Déroulement de l'instance », chap. I « La procédure devant le tribunal judiciaire », section 1 « La procédure contentieuse ordinaire ».

<sup>7</sup> *Ibid.*, § 2 « Instruction de l'affaire : la mise en état ».

décision qui ne peut faire l'objet d'un recours (article 801).

- Ensuite, au stade terminal de l'instruction, c'est ce juge qui appréciera si ou non l'affaire est en état d'être jugée (article 799).

Il convient toutefois d'indiquer, dès à présent, que toutes les affaires soumises au tribunal judiciaire selon la procédure contentieuse ordinaire applicable devant cette juridiction, ne donnent pas lieu à une instruction devant le juge de la mise en état. En effet, le président du tribunal peut :

- décider de renvoyer directement à l'audience les affaires qui lui paraissent prêtes à être jugées sur le fond (article 778 du Code de procédure civile)
- ou bien opter pour la pratique des audiences présidentielles, sans désignation d'un juge de la mise en état (article 779 du Code de procédure civile).

## Section 2 : Principe dispositif<sup>1</sup>

Ce principe résulte des articles 4, 5, 6 et 7 du Code de procédure civile, d'où il résulte que les parties ont la maîtrise de la matière du procès<sup>2</sup>. Ce sont donc elles qui déterminent la matière litigieuse et, en particulier, elles ont, d'après ces dispositions, la maîtrise des faits. En contrepartie, le juge lui, semble avoir un rôle réduit à jouer. D'une part, selon l'article 5, il ne peut pas se prononcer sur ce qui ne lui est pas demandé, ni se prononcer en deçà ou au-delà de ce qui est demandé. D'autre part, d'après l'article 7, il ne peut s'échapper des faits qui sont apportés par les parties. Son domaine de prédilection apparaît donc celui du droit. L'article 12 du Code de procédure civile donne effectivement, on le verra, au juge la maîtrise du droit.

On constate à travers ce bref descriptif, un principe majeur de répartition des pouvoirs entre les parties et le juge, par la distinction entre les faits et le droit. En général, on considère que les faits appartiennent aux parties et le droit au juge, comme l'exprime l'adage latin cher à Motulsky : « *Da mihi factum, dabo tibi jus* ». Motulsky utilisait encore l'expression : « *aux parties le fait, au juge le droit* »<sup>3</sup>. Mais en pratique, cette distinction, qui revient à dire que le droit est l'apanage du juge, est, tout au plus, un guide<sup>4</sup>.

### § 1 Rôle des parties dans la détermination de la matière litigieuse

La détermination de l'objet du litige revient aux parties. Il importe également de préciser leur rapport au fait et au droit.

#### A. Détermination de l'objet du litige

Il convient d'indiquer comment les parties mettent en œuvre la détermination de l'objet du litige, avant d'insister sur la stabilité de cet objet.

##### 1. Mise en œuvre de la détermination de l'objet du litige

Il appartient tout d'abord aux parties de faire connaître leurs prétentions et donc l'objet du litige. L'objet du litige est, selon l'article 4 du Code de procédure civile, déterminé par l'acte introductif d'instance et les conclusions en défense. Le législateur est venu considérablement renforcer le rôle des parties dans la détermination de l'objet du litige en énonçant des règles inscrites à l'article 768 du Code de procédure civile<sup>5</sup> pour la procédure applicable devant le tribunal judiciaire – l'article 954 du même code formule des règles analogues pour les conclusions d'appel. L'article 768 impose un formalisme dans la rédaction des conclusions qui n'a fait que s'accroître dans le temps, au point de devenir franchement excessif et bureaucratique à force de vouloir mâcher la tâche du juge.

<sup>1</sup> F. Brus, *Le principe dispositif et le procès civil*, thèse Pau, 2014.

<sup>2</sup> Motulsky « Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile... », n° 28 et suiv.

<sup>3</sup> Héron et Le Bars, *Droit judiciaire privé*, n° 281 ; Chainais et alii, *op. cit.*, n° 512 ; J. Dupichot « L'adage "*Da mihi factum, dabo tibi jus*" », in : *Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert*, Dalloz, 2005, p. 425 et suiv. ; J. Boré « *Da mihi factum, dabo tibi jus* : une philosophie du procès toujours d'actualité ? », *JCP* 2009, 319 ; M. Douchy-Oudot « L'office du juge », in : *Mélanges en l'honneur du professeur Gilles Goubeaux*, LGDJ – Dalloz, 2009, 99 et suiv. ; L. Boré « L'office du juge, en première instance, en appel et en cassation », in : C. Chainais et X. Lagarde (coord.), *L'avenir du procès civil, 2ème séminaire de droit processuel du 21 février 2019*, *JCP* 8 avril 2019, supplément au n° 14, p. 41 et suiv.

<sup>4</sup> Héron et Le Bars, *op. cit.*, *loc. cit.* ; Chainais et alii, *op. cit.*, n° 513.

<sup>5</sup> Ancien article 753 du Code de procédure civile.

- Les parties ont l'obligation d'annexer à leurs conclusions un bordereau énumérant les pièces justifiant leurs prétentions. L'assignation valant conclusions, selon l'article 56, dernier alinéa, du Code de procédure civile, ce bordereau doit lui être annexé comme ce texte le prescrit expressément à peine de nullité de l'acte.
- Les parties doivent formuler expressément les moyens de fait et de droit sur lesquelles leurs prétentions sont fondées<sup>1</sup> ; c'est ainsi que l'on exige que leurs assignations ou conclusions soient qualificatives. Cette obligation de rédiger des conclusions qualificatives était déjà une obligation déontologique, reprise par le décret de 1998 pour lui donner plus de force. Les parties ont donc un rôle à jouer dans la présentation de leur affaire au juge. Mais la portée de cette obligation est, malgré tout, limitée. Pour ce qui est de l'introduction de l'instance, en effet, elle ne vaut que pour l'assignation. Cela s'explique par le fait que celle-ci, aux termes de l'article 56, dernier alinéa, « *vaut conclusions* », comme on l'a vu. Or il existe un autre mode d'introduction de l'instance que l'assignation, à savoir la requête, unilatérale ou conjointe<sup>2</sup>.
- La rédaction des conclusions doit respecter une certaine structure. Selon l'article 768, alinéa 2, elles comprennent distinctement un exposé des faits et de la procédure, une discussion des prétentions et des moyens ainsi qu'un dispositif récapitulatif des prétentions<sup>3</sup>.

L'article 768, alinéa 2, ajoute que les moyens qui n'auraient pas été formulés dans les conclusions précédentes doivent être présentés de manière formellement distincte.

Le texte précise enfin que le tribunal ne statue que sur les prétentions énoncées au dispositif et n'examine les moyens au soutien de ces prétentions que s'ils sont invoqués dans la discussion. Ainsi le tribunal peut-il se considérer comme n'étant pas saisi de prétentions uniquement formulées dans les motifs ou de moyens qui ne sont pas invoqués dans la discussion<sup>4</sup>.

- Les parties et leurs représentants ont désormais l'obligation de reprendre, dans leurs dernières conclusions, les prétentions et les moyens successivement présentés dans leurs conclusions antérieures. On exige en fait des conclusions récapitulatives. Cette exigence répond seulement à une réalité, à savoir qu'il peut y avoir plusieurs jeux d'écriture entre les parties avec beaucoup de moyens différents invoqués. La partie qui se soustrait à cette obligation, est réputée avoir abandonné toutes les prétentions et moyens qu'elle n'a pas repris dans ses conclusions récapitulatives. Les juges ne statueront donc que sur les dernières conclusions.

## 2. Stabilité de l'objet du litige

Une certaine stabilité doit s'imposer à l'égard des parties et à l'égard du juge. On a donc posé deux principes, celui de l'immutabilité du litige, qui s'adresse aux parties, et celui de l'indisponibilité de ce litige, qui s'adresse au juge.

### a. Immutabilité du litige à l'égard des parties

Le premier principe est celui de l'immutabilité du litige qui veut que les parties ne puissent pas tout au long du procès modifier l'objet du litige. D'aucuns ont néanmoins qualifié ce principe de « *largement obsolète* »<sup>5</sup>. La portée de ce principe diffère effectivement suivant l'état d'avancé du litige. La question se pose en effet dans le cadre plus large du procès et nécessite donc qu'on tienne compte des voies de recours. A cet égard, il faut distinguer selon que la voie de recours est un appel ou un pourvoi en cassation.

#### α) Immutabilité du litige en première instance

Le principe de l'immutabilité du litige est largement vidé de son contenu par de nombreuses exceptions, notamment avec les demandes incidentes. On se souvient, en effet, qu'aux termes de

<sup>1</sup> Civ. 2, 6 septembre 2018, n° 17-19657 (P) : pour la procédure d'appel – application de l'article 954 du Code de procédure civile.

<sup>2</sup> Cf. *supra* : première partie « L'accès au juge », titre I « L'action en justice », chap. II « Régime de l'action en justice », section 2 « Exercice de l'action en justice », § 2 « Mise en œuvre de l'action en justice », A. « Les demandes en justice », 1. « Variétés de demandes en justice », a. « La demande initiale », β) « Formes de la demande initiale ».

<sup>3</sup> Ph. Gerbay « Le dispositif des conclusions : entre simplicité et écueils », *Gaz. Pal.* 9 février 2021, p. 13.

<sup>4</sup> Cf., pour des conclusions d'appel et en application de l'article 954 du Code de procédure civile : Civ. 3, 2 juillet 2014, n° 13-13738, B. III, n° 93 ; Civ. 3, 5 mars 2020, n° 19-14478.

<sup>5</sup> Chainais et *alii*, *op. cit.*, n° 525.

l'article 70 du code de procédure civile, celles-ci sont recevables, à partir du moment où elle se rattache aux prétentions initiales par un lien suffisant, dont les juges du fond apprécient souverainement l'existence, et que la demande incidente en compensation est recevable même en l'absence d'un tel lien. Sous réserve de l'existence de ce lien suffisant, lorsqu'il est exigé, les parties ont donc la faculté de modifier l'objet du litige, comme l'article 4, alinéa 2, du Code de procédure civile le précise<sup>1</sup>.

### β) Immutabilité du litige en appel

Normalement, quand un appel est exercé, la juridiction saisie a compétence pour réexaminer l'affaire en fait et en droit. C'est le principe de l'effet dévolutif propre à l'appel. Et normalement, la cour d'appel doit revoir ce qui a été jugé en première instance, car l'appel est une voie de réformation : « *L'appel remet la chose jugée en question devant la juridiction d'appel* » ; « *Il est statué à nouveau en fait et en droit* » (article 561 du Code de procédure civile). Dans cette perspective, il semble qu'aucun élément nouveau par rapport à l'instance de premier degré ne puisse être introduit en appel.

Mais la réalité est plus complexe. Aujourd'hui, en effet, on considère moins l'appel comme une voie de réformation que comme une voie d'achèvement du procès<sup>2</sup>. Or cette exigence d'achèvement du procès conduit à admettre une certaine évolution du litige en appel, dans son objet comme au regard des parties impliquées.

Des voix se sont néanmoins élevées en faveur d'un retour à la conception traditionnelle de l'appel réformation, moyennant des aménagements indispensables<sup>3</sup>. La conception de l'appel comme une voie d'achèvement du litige entraîne en effet une augmentation du nombre des recours en appel et retarde d'autant la solution du litige, dans des proportions peu compatibles avec les besoins de la société actuelle et des justiciables eux-mêmes.

- Évolution de l'objet du litige

Certes, conformément à l'idée traditionnelle selon laquelle l'appel est une voie de réformation, l'article 564 du Code de procédure civile interdit en principe les prétentions nouvelles en appel, à peine d'irrecevabilité relevée d'office<sup>4</sup>.

Toutefois non seulement l'article 564 prévoit lui-même que certaines prétentions nouvelles échappent à cette irrecevabilité, mais encore les dispositions qui le précèdent et le suivent délimitent la portée de ce principe, et y apportent des exceptions<sup>5</sup>.

- C'est ainsi que le principe de la prohibition des demandes nouvelles en appel ne fait pas obstacle à la recevabilité de nouveaux moyens en appel. En effet, l'article 563 du Code de procédure civile autorise les parties à introduire de nouveaux moyens de droit, c'est-à-dire à assigner un fondement juridique nouveau à leurs prétentions initiales.
- En outre, pour élargir la possibilité d'entendre un élément nouveau, une jurisprudence, que le Code de procédure civile a consacrée, a donné une définition très étroite de la notion de prétention nouvelle, en principe irrecevable en appel d'après l'article 564. En effet, il résulte *a contrario* de l'article 565, que ne sont nouvelles que les prétentions qui tendent à des fins différentes de celles soumises au premier juge<sup>6</sup>. Dès lors, un grand nombre de

<sup>1</sup> Cf. par ex. Civ. 1, 14 mai 1991, n° 89-16098, B. I, n° 155.

<sup>2</sup> Cf. *infra* : troisième partie « Le dénouement de l'instance », titre II « Les voies de recours », chap. II « Les voies de recours ordinaires », section 1 « L'appel », « caractères de l'appel ».

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> Cf. *infra* : troisième partie « Le dénouement de l'instance », titre II « Les voies de recours », chap. II « Les voies de recours ordinaires », section 1 « L'appel », § 3 « Effets de l'appel », B. « Effet dévolutif », 2. « Limites à l'effet dévolutif de l'appel », a. « Il n'est dévolu qu'autant qu'il est jugé ».

<sup>5</sup> Civ. 2, 17 septembre 2020, n° 19-17449 (P), § 7 ; JCP 23 novembre 2020, 1307, note Ph. Gerbay : la cour d'appel est tenu de rechercher d'office si la demande est irrecevable en raison de sa nouveauté, au regard des exceptions et limitations posées par les articles 564 à 567 du Code de procédure civile.

<sup>6</sup> Cf. par ex. Civ. 2, 9 février 1994, n° 92-15515, B. II, n° 48 : l'action en nullité d'un partage pour défaut de cause et l'action en nullité de ce même acte pour donation déguisée tendent aux mêmes fins, à savoir l'anéantissement de l'acte ; Civ. 1, 2 février 1999, n° 96-21291, B. I, n° 33 ; D. 1999, *Somm.* 217, obs. P. Julien ; RG *proc.* 1999, 627, obs. G. Wiederkehr : l'exception d'inexécution et l'action en résolution d'une convention constituent, sous deux formes différentes, l'exercice d'un même droit et tendent aux mêmes fins ; Com. 16 janvier 2001, n° 97-14104, B. IV, n° 10 : « l'action en exécution et l'action en résolution d'une convention constituent sous deux formes différentes l'exercice du même droit et tendent aux mêmes fins » ; Civ. 2, 10 mars 2004, n° 02-15062,

demandes sont recevables pour la première fois en appel, puisque, du moment que la fin est identique que celle poursuivie en première instance, on peut, toujours selon l'article 565, accueillir de nouveaux fondements juridiques<sup>1</sup>.

- Enfin, l'article 567 du Code de procédure civile affirme la recevabilité, des demandes reconventionnelles en cause d'appel, seraient-elles nouvelles. Elles doivent néanmoins se rattacher aux prétentions originaires par un lien suffisant, car c'est là une condition générale de recevabilité de la demande reconventionnelle, aux termes de l'article 70, alinéa 1er, du Code de procédure civile<sup>2</sup>. L'article 70, alinéa 2, soustrait, il est vrai, la demande reconventionnelle en compensation à cette exigence<sup>3</sup>. Mais, de toute façon, aux termes de l'article 564 du Code de procédure civile, la demande reconventionnelle en compensation échappe au principe de l'irrecevabilité des demandes nouvelles en appel.

Par ailleurs, la cour d'appel est investie, en certaines circonstances, d'une faculté d'évocation, lui permettant de trancher le litige, alors que la juridiction de première instance n'avait pas statué au fond, en tout ou en partie :

- lorsque la juridiction de première instance a tranché un incident de compétence, sans se prononcer au fond, l'article 88 du Code de procédure civile permet à la cour d'appel de statuer directement sur le fond, « *si elle estime de bonne justice de donner à l'affaire une*

---

*B. II, n° 99 et Civ. 2, 2 juillet 2008, n° 07-19367, B. II, n° 160 : ont la même objet et, partant, la même fin, la demande en exécution d'un contrat et la demande en réparation par équivalent, du préjudice résultant de l'inexécution fautive de ce contrat ; Civ. 1, 7 septembre 2022, n° 21-16646 (B), Dalloz Actu. 23 septembre 2022, obs. R. Laffly : la demande en annulation d'une stipulation d'intérêts avec substitution du taux légal tend aux mêmes fins que celle en déchéance du droit aux intérêts, dès lors qu'elles visent l'une et l'autre à priver le prêteur de son droit à des intérêts conventionnels. En revanche, ont été considérées comme nouvelles et, partant, irrecevables les demandes suivantes, formées pour la première fois en cause d'appel : la demande en nullité d'une vente immobilière pour vileté du prix présentée à la place d'une demande en rescision pour cause de lésion (Civ. 29 juin 1948, Gaz. Pal. 1948, 2, 79 ; contra : Lyon, 23 févr. 1953, JCP A 1953, II, 7846, note A. Rabut) ; la demande subsidiaire en réduction du prix formée par l'acquéreur d'un fonds de commerce – action laissant subsister le contrat –, lequel, en première instance, n'avait sollicité que l'annulation de la vente – action ayant pour effet de mettre la vente à néant (Com. 18 janvier 1984, n° 82-11958, B. IV, n° 23 ; Gaz. Pal. 1984, pan. 147, obs. S. Guinchard) ; la demande en revendication d'un droit de propriété, alors que seule l'existence d'une servitude de passage sur la parcelle litigieuse avait été invoquée en première instance (Civ. 3, 4 juillet 2019, n° 18-16357). Mais la jurisprudence se montre souvent hésitante dans l'interprétation de l'article 565 du Code de procédure civile. C'est ainsi, notamment, que la Cour de cassation est divisée quant au point de savoir si la demande en rescision pour lésion d'un acte juridique est, ou non, une demande nouvelle par rapport à la demande en nullité de cet acte, se heurtant comme telle à la prohibition des demandes nouvelles en appel, et inversement. Pour la première Chambre civile (Civ. 1, 13 octobre 1976, n° 74-15011, B. I, n° 294 ; D. 1977, IR 11), si le fondement juridique des deux demandes est différent, elles tendent bien aux mêmes fins et ainsi la demande en nullité d'un partage, formée pour la première fois en appel, est recevable, alors que la juridiction de première instance n'avait été saisie que d'une demande en rescision pour lésion de ce partage – à une époque où la lésion pouvait entraîner la rescision du partage, ce qui n'est plus le cas aujourd'hui, où l'héritier lésé ne peut exiger qu'un complément de part (article 889 du Code civil). Mais la troisième Chambre civile s'est prononcée à plusieurs reprises en sens contraire (Civ. 3, 19 décembre 1977, n° 76-15078, B. III, n° 452 ; Gaz. Pal. 1978, 1, somm. 83 ; RTD civ. 1978, 738, obs. R. Perrot ; Civ. 3, 21 mai 1979, n° 78-10578, B. III, n° 110 ; JCP G 1979, IV, 243 ; Gaz. Pal. 1979, 2, somm. 385 ; D. 1979, IR 474, obs. P. Julien ; RTD civ. 1980, 169, obs. R. Perrot ; Civ. 3, 16 novembre 2017, n° 16-20630), au motif que l'acquéreur peut paralyser la demande en rescision d'une vente immobilière lésionnaire en imposant au vendeur le rachat de la lésion (article 1681 du Code civil), mais non une demande en nullité de cet acte. La position de la première Chambre civile nous semble néanmoins seule exacte, car la rescision pour lésion n'est qu'une forme de nullité relative, tendant, comme cette dernière, à l'anéantissement de l'acte juridique critiqué. La faculté de racheter la lésion n'est ouverte par l'article 1681 du Code civil qu'à l'acquéreur, défendeur à l'action en rescision pour lésion, à l'exclusion du vendeur, demandeur à cette action. D'ailleurs la deuxième Chambre civile a jugé irrecevable le vendeur, débouté de sa demande en nullité d'une vente immobilière pour cause illicite et fraude à la loi, par un arrêt ayant acquis irrévocablement l'autorité de la chose jugée, à exercer ultérieurement une action en rescision de cette vente pour lésion, au motif que « l'obligation de concentration des moyens fait obstacle à ce que soit introduite une nouvelle action tendant aux mêmes fins, peu important que soit invoqué un fondement juridique différent dès lors qu'il y a identité d'objet de la demande » (Civ. 2, 12 juillet 2012, n° 11-20587 ; cf. Ass. plén. 7 juillet 2006, Cesareo, n° 04-10672, B. n° 8 ; BICC 15 octobre 2006, rap. C. Charruault, avis av. gén. A. Benmakhlouf ; Dr. et proc. 2006/5, 348, obs. N. Fricero ; Procédures oct. 2006, Repère 1, par H. Croze et n° 201, obs. R. Perrot ; RTD civ. 2006, 825, obs. R. Perrot. *infra* : 3ème partie « Le dénouement du procès », titre I « Le jugement », chap. IV « Effets du jugement », section 2 « Autorité de la chose jugée », § 3 « Étendue de l'autorité de la chose jugée »). Or, en bonne logique, la demande en rescision pour lésion ne saurait être considérée comme tendant à une fin différente de la demande en nullité pour l'interprétation de l'article 565 du Code de procédure civile et comme tendant à la même fin que la demande en nullité pour l'interprétation de l'article 1355 du Code civil.*

<sup>1</sup> Cf. *infra* : troisième partie « Le dénouement de l'instance », titre II « Les voies de recours », chap. II « Les voies de recours ordinaires », section 1 « L'appel », § 3 « Effets de l'appel », B. « Effet dévolutif », 2. « Limites à l'effet dévolutif de l'appel », a. « Il n'est dévolu qu'autant qu'il est jugé ».

<sup>2</sup> Cf. *supra* : première partie « L'accès au juge », titre I « L'action en justice », chap. II « Régime de l'action en justice », section 2 « Exercice de l'action en justice », § 2 « Mise en œuvre de l'action en justice », A. « Les demandes en justice », 1. « Variétés des demandes en justice », b. « Les demandes incidentes », β) « Régime juridique des demandes incidentes ».

<sup>3</sup> *Ibid.*

*solution définitive* »<sup>4</sup>.

- Lorsque la juridiction de première instance a ordonné une mesure d'instruction ou a statué sur une exception de procédure mettant fin à l'instance, l'article 568 du Code de procédure civile confère le pouvoir à la cour d'appel, dès lors que celle-ci infirme ou annule le jugement entrepris, « *d'évoquer les points non jugés si elle estime de bonne justice de donner à l'affaire une solution définitive, après avoir ordonné elle-même, le cas échéant, une mesure d'instruction* »<sup>1</sup>.

Dans ces deux cas, il ne s'agit que d'une faculté d'évocation, et non d'une obligation pour la cour d'appel, laquelle ne peut en user que sous réserve de respecter le principe du contradictoire en recueillant au préalable les observations des parties sur le fond.

L'emploi de cette faculté permet une accélération de la procédure, mais au détriment du principe du double degré de juridiction, puisque la cour d'appel tranchera pour la première fois des points sur lesquels la juridiction de première instance ne s'était pas prononcée. Cette faculté d'évocation reconnue à la cour en certaines circonstances participe de l'idée selon laquelle l'appel est parfois une voie d'achèvement du litige, au lieu de n'être qu'une voie de réformation.

- Extension du litige à des tiers

Inspirés par l'idée que l'appel est une voie d'achèvement du procès, les articles 554 et 555 du Code de procédure civile ouvrent la possibilité d'étendre la seconde instance à des personnes qui n'avaient pas été parties à la première phase procédurale. Cet élargissement du cercle des parties en appel s'explique par la volonté d'éviter des procès en chaîne.

- L'article 554 du Code de procédure civile permet à des tiers en première instance, à condition d'y avoir intérêt, d'intervenir volontairement, dès lors que l'affaire est pendante devant la cour d'appel. Selon la Cour de cassation, toutefois, pour que l'intervention volontaire en cause d'appel soit recevable, encore faut-il qu'elle se rattache aux prétentions des parties par un lien suffisant<sup>2</sup>.
- L'article 555 du Code de procédure civile autorise, quant à lui, les parties à appeler des tiers en intervention forcée en cause d'appel, « *même aux fins de condamnation* ». Cependant cette initiative peut avoir de graves conséquences pour les tiers, particulièrement lorsqu'ils sont appelés en intervention forcée aux fins de condamnation. En effet, cette intervention forcée en cause d'appel seulement les privera du bénéfice du double degré de juridiction. Aussi l'article 555 en subordonne-t-il la recevabilité à la condition fondamentale que « *l'évolution du litige implique leur mise en cause.* »

Le législateur n'a donné aucune définition de « *l'évolution du litige* » rendant possible l'intervention forcée d'un tiers en cause d'appel. Selon la Cour de cassation, elle suppose « *la révélation d'une circonstance de fait ou de droit, née du jugement ou postérieure à celui-ci, modifiant les données juridiques du litige* »<sup>3</sup>.

### χ) Immutabilité du litige en cassation

Devant la Cour de Cassation, la possibilité d'évolution est beaucoup plus réduite pour la simple raison qu'il y a une véritable rupture entre l'instance des juges du fond et l'instance de cassation qui ne juge que du droit. Comme on le sait, en effet, la Cour de cassation n'est pas un troisième degré de juridiction. Il en résulte notamment deux règles :

<sup>4</sup> Cf. *supra* : 1ère partie « L'accès au juge », titre II « La compétence », Chap. III « Règlement des incidents de compétence », section 1 « Incompétence de la juridiction saisie », § 2 « Règlement de l'incident », B. « Appel du jugement de première instance », 1. « Appel d'un jugement se prononçant uniquement sur la compétence », b. « Régime de la procédure spéciale d'appel », γ) « Arrêt rendu sur appel ».

<sup>1</sup> Cf. *infra* : 3ème partie « Le dénouement du procès », Titre II « Les voies de recours », chap. II « Les voies de recours ordinaires », section 1 « L'appel », § 3 « Effets de l'appel », C. « Faculté d'évocation ».

<sup>2</sup> Civ. 2, 15 janvier 2004, n° 02-10745, B. II, n° 6 ; *RTD civ.* 2004, 350, obs. R. Perrot ; *Procédures* 2004, n° 72, obs. R. Perrot ; *Gaz. Pal.* 13-15 mars 2015, 14, obs. E. du Rusquec.

<sup>3</sup> Ass. plén. 11 mars 2005, B. Ass. plén., n° 4 ; D. 2005, 2368, note E. Fischer ; *JCP* 2005, I, 183, n° 15, obs. Y.-M. Serinet et II, 10161, avis Cédras ; *RTD civ.* 2005, 455, obs. R. Perrot ; *Procédures* 2005, n° 118, obs. R. Perrot ; *Rev. huissiers* 2005, 227, obs. N. Fricero.

- seule est admise devant la Cour de Cassation la demande en intervention volontaire formée à titre accessoire (article 327, alinéa 2, du Code de procédure civile). Au contraire, on l'a vu, l'intervention volontaire est, d'une manière générale, recevable en appel (article 554 du Code de procédure civile).
- Les moyens nouveaux ne sont pas recevables devant la Cour de Cassation (article 619 du Code de procédure civile). Il existe néanmoins des exceptions à ce dernier principe. En effet, consacrant la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation, l'article 619 déclare recevables, malgré leur nouveauté, deux catégories de moyens :
  - les moyens de pur droit ; la Cour de cassation définit le moyen de pur droit comme celui qui ne se réfère à aucune considération de fait qui ne résulterait pas des énonciations de la décision attaquée<sup>1</sup> ;
  - les moyens nés de la décision attaquée<sup>2</sup>, dont le demandeur au pourvoi ne pouvait, par hypothèse, se prévaloir avant que cette décision ne soit rendue. Tel est le cas de la dénaturation d'une pièce<sup>3</sup>, du défaut de motifs<sup>4</sup> et plus généralement des vices de forme. Peuvent aussi, à certaines conditions, être parfois considérés comme nés de la décision attaquée et, partant, recevables pour la première fois devant la Cour de cassation, le manque de base légale<sup>5</sup> ou la violation de la loi<sup>6</sup>.

#### b. Indisponibilité du litige à l'égard du juge

Ce principe résulte de la combinaison des articles 4 et 5 du Code de procédure civile. Ce principe d'indisponibilité du litige implique que les juges du fond sont liés par les conclusions des parties. Ils sont enfermés dans le cadre tracé par les parties et ne peuvent pas modifier l'objet du litige<sup>7</sup>.

Néanmoins, ce principe connaît certaines limites :

- tout d'abord, la jurisprudence a adopté une conception souple de l'objet du litige ce qui du coup ouvre une large marge de manœuvre au juge. Elle tend à considérer que tant que l'intervention du juge ne modifie pas le résultat économique et social recherché par les parties, l'objet du litige n'est pas modifié<sup>8</sup>.
- Ensuite, le juge a l'obligation de rechercher le véritable objet du litige lorsque les parties ont mal indiqué l'objet de leur demande. Il doit en effet alors en chercher la délimitation exacte.

### B. Rapport des parties au fait et au droit

Les parties ont la maîtrise des faits, tandis qu'elles ne jouent qu'un rôle subsidiaire par rapport au droit.

#### 1. Maîtrise des faits

<sup>1</sup> Cf. par ex. Com. 7 mars 1989, *Schwich*, B. IV, n° 79 (sur la recevabilité du troisième moyen, contestée par la défense, non reproduit au *Bulletin*) ; J.C.P. éd. E, 1989, II, 15617, concl. M. Jéol, note Y. Reinhard et 15517, n° 1, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain ; RTD civ. 1990, p. 70, n° 7, obs. J. Mestre ; Com. 8 juin 1993, B. IV, n° 236 ; Civ. 1, 6 janvier 1993, B. I, n° 2 ; Civ. 1, 16 février 1994, B. I, n° 68. Il en va ainsi notamment, lorsque le moyen de pur droit est d'ordre public : Civ. 2, 17 septembre 2020, n° 19-17673 (P) ; Civ. 2, 8 avril 2021, n° 20-11935 (P) ; Civ. 3, 16 septembre 2021, n° 20-16347.

<sup>2</sup> Civ. 2, 19 octobre 1961, B. II, n° 672 ; Civ. 2, 12 mars 1969, B. II, n° 76 ; Civ. 3, 18 juillet 1972, B. III, n° 475 ; Com. 13 février 1973, B. IV, n° 74 ; Civ. 1, 7 juillet 1985, B. I, n° 230 ; Com. 27 novembre 1991, B. IV, n° 357 ; Com. 28 janvier 1992, B. IV, n° 37 ; Civ. 1, 20 juin 2000, n° 98-19319, arrêt n° 1160, B. I, n° 191, arrêt n° 1 ; D. 2000, A.J. 342, obs. C. Rondey ; JCP 2001, II, 10454, 2ème espèce, note A. Gourio ; Civ. 1, 9 janvier 2019, n° 18-11734, *Procédures* mars 2019, *comm.* 65, note Y. Strickler ; Civ. 1, 20 mai 2020, n° 19-10559 (P).

<sup>3</sup> Civ. 2, 21 octobre 1964, B. II, n° 629 ; Civ. 3, 18 juillet 1972, préc.

<sup>4</sup> J. Voulet « L'irrecevabilité des moyens nouveaux devant la Cour de cassation en matière civile », JCP 1973, I, 2544, n° 16.

<sup>5</sup> Civ. 2, 19 octobre 1961, préc. ; Com. 13 février 1973, préc. Sur le manque de base légale, cf. Th. Le Bars, *Le défaut de base légale en droit judiciaire privé*, thèse Caen, préf. J. Héron, LGDJ, 1997.

<sup>6</sup> Civ. 1, 20 mai 2020, préc.

<sup>7</sup> Cf. par ex. Civ. 2, 18 mars 2010, n° 09-13376, B. II, n° 64 ; Civ. 2, 17 février 2011, n° 09-70137, B. II, n° 43 ; Civ. 2, 13 janvier 2012, n° 11-10224, B. II, n° 9 ; Civ. 2, 19 novembre 2015, n° 13-23095, B. II, n° 254 ; Civ. 2, 30 juin 2016, n° 15-22152, B. II, n° 179 ; Civ. 2, 8 septembre 2016, n° 14-26691.

<sup>8</sup> Cf. par ex. Civ. 2, 2 décembre 1987, *Defrénois* 1989, 663 : substitution, par le juge, d'une rente à un capital, dans sa détermination du mode de réparation d'un dommage ; Civ. 2, 21 novembre 1973, JCP 1974, II, 17897, note S. Brousseau ; RTD civ. 1974, 821, obs. G. Durry ; *idem* ; Civ. 1, 24 février 1987, n° 85-11494, B. I, n° 72 : saisie d'une demande en dissolution anticipée d'une société créée de fait sur le fondement de l'article 1844-7, 5°, du Code civil, pour mésentente entre associés, la cour d'appel, qui a estimé que cette dissolution ne pouvait intervenir sur le fondement de l'article précité, mais sur celui de l'article 1872-2 du même code, n'a pas modifié l'objet du litige.

Cette maîtrise se manifeste tant dans l'allégation des faits que dans leur preuve. Cette distinction de la charge de l'allégation et de la charge de la preuve a été mise en lumière par Motulsky<sup>1</sup>.

a. Allégation des faits

Aux termes de l'article 6 du Code de procédure civile, « *A l'appui de leurs prétentions, les parties ont la charge d'alléguer les faits propres à les fonder.* » Les parties ont donc la maîtrise des faits. L'article 6 explique que les parties doivent réunir les faits pertinents, c'est-à-dire ceux qui sont fondés sur une règle de droit et qui sont de nature à convaincre le juge.

b. Preuve des faits<sup>2</sup>

A cela, l'article 9 du Code de procédure civile ajoute que chaque partie qui allègue un fait nécessaire au succès de sa prétention doit le prouver. Cette attribution légale de la charge de la preuve ne dépend donc pas de la qualité de demandeur ou de défendeur au procès : elle concerne tout plaideur qui allègue un fait que ce soit en défense ou en demande. La circonstance que le fait allégué ne soit pas contesté par l'adversaire n'oblige pas le juge à le tenir pour constant, pour vrai et ne dispense donc pas la partie qui s'en prévaut de le prouver<sup>3</sup>.

Celui qui supporte la charge de la preuve en supporte, par là-même, le risque<sup>4</sup> : s'il ne parvient pas à établir le fait qu'il allègue au soutien de sa prétention, il succombera en cette dernière et perdra donc le procès.

Ex. pour échapper à son obligation de payer le solde du prix réclamé par le vendeur qui l'a assigné en paiement, un acquéreur soutient que la marchandise vendue est de mauvaise qualité et non conforme à la commande, si bien que le vendeur n'a pas satisfait à son obligation de délivrance d'une chose conforme (article 1615 du Code civil). Il revient donc à l'acquéreur de prouver son allégation, conformément aux articles 1353, alinéa 2 du Code civil – ancien article 1315, alinéa 2, du Code civil – et 9 du Code de procédure civile. Les juges du fond ayant souverainement relevé que cette preuve n'avait pas été rapportée, l'acquéreur doit être condamné à payer le solde du prix, que le vendeur lui réclame<sup>5</sup>.

L'article 9 précise que les parties doivent prouver les faits nécessaires au succès de leur prétention « *conformément à la loi* ». Dans leur apport de la preuve, les parties ont, plus précisément, deux principes à respecter, un principe de légalité et une obligation de loyauté<sup>6</sup>.

- D'une part, on doit respecter les règles relatives à la charge de la preuve (article 1353 du Code civil)<sup>7</sup> et celles relatives à l'admissibilité des preuves en matière civile. Ces dernières soumettent, en principe, la preuve des actes juridiques à une preuve écrite (articles 1359 et suiv. du Code civil, tandis que celle des faits juridiques est libre (article 1358 du Code civil).

<sup>1</sup> H. Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Dalloz, rééd. 1991, p. 84 ; du même auteur « Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits », Rapport au IV<sup>ème</sup> congrès international de droit comparé, 1954, reproduit in : Motulsky, *Etudes et notes de procédure civile*, p. 38 et suiv.

<sup>2</sup> L. Cadet, C. Grimaldi et M. Mekki (dir.), *La preuve : regards croisés*, Dalloz, 2015 ; N. Hoffschir, *La charge de la preuve en droit civil*, thèse Paris X-Nanterre, préf. S. Amrani-Mekki, Dalloz, 2016.

<sup>3</sup> Telle est en tout cas la position de la jurisprudence dominante (Héron et Le Bars, *Droit judiciaire privé*, n° 279 et les décisions citées ; Chainais et alii, *Procédure civile*, n° 545 et les décisions citées) : Civ. 1, 3 janvier 1980, B. I, n° 7 ; Civ. 1, 4 juillet 1995, B. I, n° 294 ; Civ. 2, 10 mai 1991, B. II, n° 142 ; *RTD civ.* 1992, 447, obs. J. Normand ; Com. 20 mai 1997, *JCP* 1999, I, 178, en annexe ; Com. 10 octobre 2000, *LPA* 22 novembre 2000, 16, note A. Perdriau ; A. Ponsard « Rapport français », in : *La Vérité et le droit, trav. Ass. Henri Capitant*, 1987, t. 38, Economica, 1989, p. 673 ; Th. Le Bars « La théorie du fait constant », *JCP* 1999, I, 178 ; *contra* : Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, n° 109. D'autres décisions, plus anciennes, avaient, au contraire, posé une obligation, pour le juge, de tenir un fait non contesté par l'autre partie pour constant : Civ. 1, 21 mai 1986, B. I, n° 130 ; Civ. 1, 11 janvier 1977, B. I, n° 24 ; Soc. 16 novembre 1972, B. V, n° 626.

<sup>4</sup> Th. Le Bars « De la théorie des charges de la preuve et de l'allégation à la théorie globale des risques processuels », in : *Mélanges en l'honneur du professeur Gilles Goubeaux*, Dalloz & LGDJ, 2009, 319 et suiv.

<sup>5</sup> Civ. sec. com. 25 octobre 1961, B. III, n° 380.

<sup>6</sup> Chainais et alii, *op. cit.*, n° 835 et suiv.

<sup>7</sup> En particulier, le principe selon lequel nul ne peut se constituer une preuve à lui-même : Civ. 1, 2 avril 1996, B. I, n° 170 ; *Contrats, conc., consom.* 1996, n° 119, obs. L. Leveneur ; *LPA* n° 11, 24 janvier 1997, p. 19, note D. Gutmann ; *RTD civ.* 1997, 136, obs. J. Mestre ; Civ. 1, 23 juin 1998, B. I, n° 220 ; *CCC* 1998, n° 141, obs. L. Leveneur ; *RTD civ.* 1999, p. 401, n° 21, obs. J. Mestre ; Civ. 1, 24 septembre 2002, B. I, n° 219. Le principe est néanmoins applicable uniquement à la preuve des actes juridiques, car la preuve des faits juridiques est libre : Civ. 3, 3 mars 2010, n° 08-21056 08-21057, B. III, n° 52 ; *RLDC* 2010/70, n° 3762, obs. C. Le Gallou ; Civ. 2, 6 mars 2014, n° 13-14295, B. II, n° 65 ; *D.* 2014, 1726, obs. L. Lazerge-Cousquer et N. Touati ; *ibid.* 2480, obs. I. Darret-Courgeon ; *JCP* 2014, n° 332, note J.-F. Barbiéri ; *ibid.* n° 679, note P. Lemay ; *RTD civ.* 2014, 438, obs. R. Perrot.



- D'autre part, même pour prouver des faits juridiques, on ne peut se servir de preuves qu'on a obtenues déloyalement<sup>2</sup>. A cet égard, le principe de la liberté de la preuve doit se concilier avec le droit au respect de la vie privée. Selon la Cour de cassation, en effet, la recherche de preuves ne doit pas porter une atteinte disproportionnée à la vie privée, insusceptible d'être justifiée par la protection des intérêts légitimes de la partie sur laquelle pèse la charge de la preuve<sup>3</sup>. A défaut, la preuve obtenue devrait être écartée des débats, en application des articles 9 du Code de procédure civile, 9 du Code civil et 6, § 1, de la Convention EDH.

En droit du travail, l'article L. 1222-4 du Code du travail énonce : « *Aucune information concernant personnellement un salarié ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été porté préalablement à sa connaissance.* » Aussi bien la jurisprudence a-t-elle eu souvent à se prononcer sur la recevabilité de divers modes de preuve, destinés à établir une faute du salarié justifiant son licenciement : ouverture de correspondances électroniques<sup>4</sup> ou de fichiers stockés sur le disque dur de l'ordinateur du salarié<sup>5</sup>, consultation de son compte privé Facebook<sup>6</sup>, filature du salarié<sup>7</sup>, écoutes téléphoniques<sup>8</sup>, lecture de SMS<sup>9</sup>, vidéosurveillance<sup>10</sup>, constat d'huissier établi par la mise en œuvre préalable d'un stratagème pour confondre le salarié<sup>11</sup>, enquête diligentée par un tiers à la demande de l'employeur<sup>12</sup>... Cette jurisprudence est empreinte d'une casuistique qui la rend très difficile à synthétiser.

## 2. Rôle subsidiaire au regard du droit

Les parties jouent seulement un rôle subsidiaire par rapport au droit, lequel se manifeste de trois manières :

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

<sup>2</sup> Cf. par ex. Civ. 7 octobre 2004, *B. II*, n° 447 ; *D.* 2005, 122, note G. Bonfils ; *ibid.*, *pan.* 2643, obs. A. Lepage, L. Marino et J. Bigot ; *JCP* 2005, II, 10025, note G. Léger ; *RTD civ.* 2005, 135, obs. J. Mestre et B. Fages ; *CCE* 2005, n° 11, obs. Ph. Stoffel-Munck : l'enregistrement d'une conversation téléphonique privée, effectué et conservé à l'insu de l'auteur des propos, est un procédé déloyal rendant irrecevable en justice la preuve ainsi obtenue ; Com. 3 juin 2008, *B. IV*, n° 112 ; *D.* 2008, 2476, note M.-E. Boursier-Mauderly ; *ibid.*, *Pan.* 2823, n° 1, obs. Ph. Delebecque ; *ibid.*, 2753, note R. Salomon ; *JCP* 2008, II, 2055, note G. Royer ; *CCC* 2008, n° 114, obs. M. Chagny ; *RTD com.* 2009, 431, obs. B. Bouloc : *idem.* Mais la preuve en matière de divorce se faisant par tous moyens, sauf cas de violence ou de fraude (articles 259 et 259-1 du Code civil), le juge ne peut rejeter des mini-messages reçus sur le téléphone portable du conjoint comme mode de preuve d'un adultère, au motif que leur lecture a été faite à l'insu de leur destinataire et que cela constitue une atteinte grave à l'intimité de la personne, sans constater qu'ils ont été obtenus par violence ou par fraude (Civ. 1, 7 juin 2009, *B. I*, n° 132 ; *Rapport annuel de la Cour de cassation* 2009, p. 316 ; *D.* 2009, *Pan.* 2716, obs. T. Vasseur ; *ibid.* 2010, *Pan.* 990, obs. M. Douchy-Oudot ; *JCP* 2009, 369, n° 15, obs. S. Amrani-Mekki ; *ibid.* 2010, 34, n° 5, obs. A. Gouttenoire ; *ibid.* 2011, 2671, obs. Ph. Delebecque, J.-D. Bretzner et I. Gelbard-Le Dauphin ; *Dr. et procédure* 2009, 344, note N. Fricero ; *RTD civ.* 2009, 514, obs. J. Hauser.

<sup>3</sup> Soc. 26 novembre 2002, *B. V*, n° 352 ; *D.* 2003, *J.* 1858, note J.-M. Bruguière ; *D.* 2003, *somm.* 394, obs. A. Fabre et 1536, obs. A. Lepage ; *JCP* 2003, I, 150, n° 1, obs. B. Teyssié ; *CCI* 2004, n° 43, obs. Ph. Stoffel-Munck ; *RTD civ.* 2003, p. 58, obs. J. Hauser ; *Dr. social* 2003, 225, note J. Savatier ; J. Ravanas « Protection de la vie privée : la preuve illicite d'une relation 'défectueuse' de travail », *D.* 2003, *Chr.* 1305.

<sup>4</sup> Soc. 2 octobre 2001, *Soc. Nikon*, *B. V*, n° 291 ; *D.* 2001, *J.* 3148, note critique P.-Y. Gautier ; *D.* 2002, *somm.* 2296, obs. Ch. Caron ; *RTD civ.* 2002, p. 72, n° 2, obs. J. Hauser ; Soc. 26 juin 2012, *B. V*, n° 196 ; *D.* 2012, 1829 ; *RDT* 2012, 562, obs. R. de Quenaudon. Dans un arrêt *Bărbulescu c/ Roumanie* (CEDH 5 septembre 2007, req. 61496/08), la Cour européenne des droits de l'homme a enserré le droit pour l'employeur d'ouvrir les communications électroniques de son salarié et d'accéder à leur contenu dans de strictes limites. Selon la Cour européenne, en effet, le droit au respect de la vie privée et de la correspondance du salarié, résultant de l'article 8 de la convention EDH, exige, d'une part, que le salarié soit préalablement averti par son employeur de la possibilité que ses communications soient surveillées et qu'il soit informé de la nature et de l'étendue de cette surveillance, ainsi que du degré d'intrusion dans sa vie privée et sa correspondance. En outre, toujours selon la CEDH, il importe aux juridictions nationales, premièrement, de vérifier quelles raisons spécifiques avaient justifié la mise en place des mesures de surveillance, deuxièmement, si l'employeur aurait pu faire usage de mesures moins intrusives pour la vie privée et la correspondance du salarié et, troisièmement, si l'accès au contenu des communications avait été possible à son insu.

<sup>5</sup> Soc. 17 mai 2005, *B. V*, n° 165 ; *D.* 2005, *pan.* 2649, obs. L. Marino ; *CCE* 2005, n° 121, note A. Lepage ; *Dr. social* 2005, 789, obs. J.-E. Ray ; cf. R. de Quenaudon « Jurisprudence *Nikon* : la suite mais non la fin », *D.* 2005, *Tribune* 1873.

<sup>6</sup> Soc. 30 septembre 2020, n° 19-12058 (P) : pas de stratagème déloyal pour obtenir la preuve du fait allégué, fournie par un tiers (autre salarié), atteinte à la vie privée indispensable à l'exercice du droit de la preuve et proportionnée au but légitime poursuivie, preuve légalement admissible au regard des articles 9 et 1353 du Code civil, 9 du Code de procédure civile, 6 et 8 de la convention EDH.

<sup>7</sup> Soc. 26 novembre 2002, préc.

<sup>8</sup> Soc. 6 février 2013, *B. V*, n° 31 ; *D.* 2013, 1768, obs. C. Sommé ; *RTD civ.* 2013, 380, obs. H. Barbier ; *Dr. social* 2013, 626, note R. Salomon.

<sup>9</sup> Soc. 23 mai 2007, *B. V*, n° 85 ; *D.* 2007, 2284, note C. Castets-Renard ; *JCP* 2007, II, 10140, note L. Weiller ; *RDT* 2007, 530, obs. R. de Quenaudon ; *Dr. et proc.* 2007, 339, obs. A. Bobant ; *RTD civ.* 2007, 637, obs. R. Perrot ; *ibid.* 776, obs. B. Fages.

<sup>10</sup> Soc. 31 janvier 2001, *B. V*, n° 28 ; *D.* 2001, *somm.* 2169, obs. Ch. Paulin ; Soc. 19 avril 2005, *B. V*, n° 142 ; *RTD civ.* 2005, 572, obs. J. Hauser.

<sup>11</sup> Soc. 18 mars 2008, *B. V*, n° 64 ; *D.* 2008, *Pan.* 2306, obs. I. Desbarats ; *JCP* 2008, *Actu.* 233, obs. L. Dauxerre.

<sup>12</sup> Soc. 17 mars 2021, n° 18-25597 (P) ; *D. Actu.* 30 mars 2021, obs. M. Peyronnet.

fondement juridique qui lui est imposé par les parties.

- A l'occasion d'un litige né, les parties peuvent, en application de l'article 12, alinéa 4, du code, conférer au juge la mission de statuer en amiable compositeur ce qui le dispense de l'application du droit<sup>1</sup>.
- L'article 13 du Code de procédure civile dispose que le juge peut demander lui-même aux parties de s'expliquer sur le droit ce qui est une matière de solliciter leur opinion juridique.

## § 2 Rôle du juge dans la détermination de la matière litigieuse<sup>2</sup>

Il convient de distinguer le rôle du juge quant aux faits et le rôle du juge quant au droit.

### A. Rôle du juge quant aux faits

Aux termes de l'article 7, alinéa 1er, du Code de procédure civile, le juge ne saurait fonder sa décision sur des faits qui ne sont pas dans le débat : il doit s'en tenir aux faits allégués par les parties, en application de l'article 6 du Code précité, sans rien apporter de lui-même<sup>3</sup>. A cet égard, le juge est « *le servent des plaideurs* »<sup>4</sup>.

Néanmoins le juge dispose d'un certain pouvoir d'initiative, comportant trois aspects principaux : il peut inviter les parties à fournir les explications de fait nécessaires à la solution du litige, il peut ordonner une mesure d'instruction, il peut fonder sa décision sur des faits adventices, que les parties n'avaient pas spécialement invoqués à l'appui de leurs conclusions.

#### 1. Invitation des parties à fournir les explications de fait nécessaires à la solution du litige

Pendant de l'article 13 du Code de procédure civile au sujet des explications de droit, l'article 8 du même code permet en effet au juge d'inviter les parties à fournir les explications de fait qu'il estime nécessaire à la solution du litige. C'est un article important, parce qu'en invitant les parties à fournir certaines explications de fait, le juge peut faire entrer dans le débat des faits qui jusqu'à présent n'avaient pas été pris en compte. L'article 8 n'ouvre au juge qu'une simple faculté, abandonnée à son pouvoir discrétionnaire.

#### 2. Mise en place d'une mesure d'instruction

L'article 10 du Code de procédure civile autorise le juge à ne pas se contenter de la présentation spontanément faite par les parties des faits, puisqu'il a la possibilité d'ordonner des mesures d'instruction. L'article 144 du Code de procédure civile reprend cette règle. Ces mesures peuvent être prises d'office ou bien à la demande d'une partie (mêmes textes). Bien évidemment, ces mesures d'instruction vont permettre d'élargir le champ des informations de fait.

Toutefois, l'article 146 du Code de procédure civile limite la liberté du juge d'ordonner une mesure d'instruction. En effet, la décision du juge de l'ordonner ne doit pas conduire à un renversement insidieux de la charge de la preuve :

*« Une mesure d'instruction ne peut être ordonnée sur un fait que si la partie qui l'allègue ne dispose pas d'éléments suffisants pour le prouver.  
« En aucun cas une mesure d'instruction ne peut être ordonnée en vue de suppléer la carence de la partie dans l'administration de la preuve. »*

Pour assurer l'efficacité de ces mesures d'instruction, l'article 11, alinéa 1er, impose aux parties d'apporter leur concours aux mesures d'instruction. A défaut, toujours selon ce texte, le juge pourrait

<sup>1</sup> P. Hébraud « Observations sur l'arbitrage judiciaire (article 12, 5° al. Nouveau Code de Procédure Civile) », in : *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 635-664.

<sup>2</sup> R. Martin « Réflexion sur l'instruction du procès civil », *RTD civ.* 1971, 709 ; C. Chainais (dir.), *L'office du juge (Études de droit comparé)*, Bruylant, 2018.

<sup>3</sup> M. Storme « Le juge et son panier », in : *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques Héron. Liber amicorum*, LGDJ, 2008, 473 et suiv.

<sup>4</sup> G. Bolard « L'arbitraire du juge », in : *Mélanges offerts à Pierre Drai : le juge entre deux millénaires*, Dalloz, 2000, 225 et suiv., spéc. n° 4 à 11, cité par Chainais et alii, *op. cit.*, n° 537.

tirer toutes les conséquences d'une abstention ou d'un refus.

### 3. Prise en considération de faits adventices

Enfin, reprenant une jurisprudence traditionnelle<sup>1</sup>, l'article 7 alinéa 2, du Code de procédure civile autorise le juge à prendre en considération des faits que les parties n'auraient pas spécialement invoqués au soutien de leurs prétentions, mais qui se trouvent dans les éléments du débat. Le juge va pouvoir exploiter les pièces mêmes des parties en mettant l'index sur un fait que les parties auraient passé sous silence, parce que, pour elles, ce n'était pas utile. Ce sont, selon l'expression de Motulsky, des « faits adventices »<sup>2</sup> soit allégués par les parties mais dont elles n'ont tiré aucune conséquence juridique et qu'elles n'ont signalés que de manière accidentelle, soit qui peuvent être trouvés dans le dossier<sup>3</sup>. Cette solution va à l'encontre de cette idée préconçue qui veut que le juge n'ait aucun pouvoir sur les faits.

## B. Rôle du juge quant au droit<sup>4</sup>

Principe : le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables, aux termes de l'article 12, alinéa 1er, du code de procédure civile. Ce rôle du juge s'exprime dans un adage latin traditionnel : *Jura novit Curia* – « la Cour connaît le droit »<sup>5</sup>.

Lorsque les parties n'ont pas précisé le fondement juridique sur lequel repose leurs prétentions, il appartient au juge de rechercher, à partir des éléments de fait fournis par les parties, la règle de droit applicable<sup>6</sup>. Certes, cette situation est amenée à se raréfier avec l'obligation actuelle, incombant aux parties, de prendre des conclusions qualificatives<sup>7</sup>. Cependant cette obligation n'est applicable qu'à la procédure écrite avec représentation obligatoire. Dans les autres procédures, le juge conserve donc un rôle.

Lorsque le fondement juridique a été, au contraire, précisé par les parties, le juge doit au moins vérifier les conditions d'application de la règle invoquée.

Il convient de préciser quels sont les modes d'intervention du juge, avant d'examiner ses difficultés de mise en œuvre.

### 1. Modes d'intervention du juge

L'article 12 du Code de procédure civile, auquel la jurisprudence s'est conformée, distingue, implicitement aujourd'hui<sup>8</sup>, deux modes d'intervention du juge : la qualification des faits et actes litigieux, d'une part ; le relevé d'office des moyens de droit, d'autre part.

#### a. Qualification des faits et actes litigieux

Selon l'article 12 alinéa 2, le juge doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux<sup>9</sup>, sans s'arrêter à la dénomination que les parties en aurait proposé. Cet article donne au juge un pouvoir et, au-delà, un devoir de qualification et de requalification qui peut s'exercer à plusieurs stades de la procédure.

Ex. action en nullité pour erreur requalifiée en nullité pour violence morale<sup>10</sup> – requalification des faits litigieux.

<sup>1</sup> Chainais et alii, *op. cit.*, n° 540.

<sup>2</sup> H. Motulsky « La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge », *D.* 1964, *chr.* 235, reproduit in : *Écrits et notes de procédure civile*, 101 et suiv., spéc. N° 12 ; Chainais et alii, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>3</sup> G. Bolard « Les faits tirés du dossier », in : *Justice et droits fondamentaux, études offertes à Jacques Normand*, Litec, 2003, 43 et suiv.

<sup>4</sup> J. Boré « *Da mihi factum, dabo tibi jus*: une philosophie du procès toujours d'actualité ? », *JCP* 2009, 319.

<sup>5</sup> Roland et Boyer, *Adages du droit français*, 3ème éd., n° 179 ; Cornu et Foyer, *Procédure civile*, n° 99-100 ; Chainais et alii, *Procédure civile*, n° 548.

<sup>6</sup> *Cf. infra.*

<sup>7</sup> *Cf. supra* : § 1.

<sup>8</sup> En effet, par une décision du 12 octobre 1979, le Conseil d'Etat a malencontreusement annulé l'article 12, alinéa 3, qui conférait au juge le pouvoir de relever d'office les moyens de pur droit. Mais ce pouvoir continue d'être sous-entendu dans l'article 16, alinéa 3, du Code de procédure civile. Aussi considère-t-on généralement que l'article 12, alinéa 3, ancien conserve une autorité officieuse (*cf. infra*).

<sup>9</sup> Civ. 1, 9 avril 2014, n° 12-21042, *B. I.*, n° 65.

<sup>10</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 9 nov. 1971, *B. III.*, n° 541.

Ex. requalification d'un contrat de vente en contrat de prêt<sup>1</sup> – requalification des actes litigieux.

b. Relevé d'office des moyens de droit

L'alinéa 3 de l'article 12 du Code de procédure civile conférerait au juge le pouvoir de soulever d'office les moyens de pur droit.

Mais, par une décision du 12 octobre 1979<sup>2</sup>, le Conseil d'État a annulé l'article 16, alinéa 1er, du même code, dispensant, en sa rédaction de l'époque, le juge d'observer lui-même le principe de la contradiction dans le relevé d'office des moyens de droit, aux motifs que le caractère contradictoire de la procédure constitue une garantie essentielle des justiciables, à laquelle la faculté reconnue au juge de relever d'office des moyens, seraient-ils de pur droit, ne saurait légalement déroger. Or, dans cette même disposition, le Conseil d'État avait aussi prononcé l'annulation de l'article 12, alinéa 3, au motif que cette disposition était indivisible de l'article 16, alinéa 1er. Pourtant cette annulation de l'article 12, alinéa 3, ne s'imposait pas nécessairement, car ce texte n'était pas, en lui-même, critiquable ; il ne l'était, que rapproché de l'article 16, alinéa 1er<sup>3</sup>.

Par un décret n° 81-500 du 12 mai 1981, le gouvernement a alors réécrit l'article 16 du Code de procédure civile, pour en mettre les dispositions en conformité avec la jurisprudence du Conseil d'État. Désormais, l'alinéa 1er de cet article oblige, en effet, le juge non seulement à faire respecter le principe de la contradiction par les parties, mais encore à le respecter lui-même<sup>4</sup>. En outre, l'alinéa 3 précise que le juge « ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations ».

Ainsi, en apparence complété par l'article 16, alinéas 1er et 3, en leur rédaction actuelle, l'article 12, alinéa 3, autorisant le juge à relever d'office les moyens de pur droit, serait-il devenu irréprochable, puisque celui-ci n'en est pas pour autant dispensé d'observer le principe de la contradiction, contrairement à ce que les textes prévoyaient antérieurement. Dès lors, bien qu'il soit officiellement abrogé, l'article 12, alinéa 3, aurait, de l'avis de plusieurs auteurs, conservé une « autorité officieuse »<sup>5</sup>.

2. Difficultés de mise en œuvre

On décrira successivement les hésitations doctrinales et jurisprudentielles, puis la proposition doctrinale d'une distinction entre le moyen de pur droit et le moyen mélangé de fait et de droit, enfin le rejet jurisprudentiel de cette distinction.

a. Les hésitations doctrinales et jurisprudentielles

Bien que le code de procédure civile les ait envisagés distinctement, la requalification des actes et faits litigieux et le relevé d'office d'un moyen de droit sont, bien souvent, des opérations intellectuelles qui sont liées.

Ex. en matière de vente, la requalification d'une action en garantie des vices cachés en action en résolution pour délivrance non conforme implique la substitution par le juge d'un autre fondement juridique (article 1615 du Code civil) à celui choisi par l'acquéreur, demandeur au procès (articles 1641 et suiv. du Code civil).

Or les textes du Code de procédure civile paraissaient, à l'origine, les soumettre à des régimes différents. En effet, l'article 12 évoque un devoir de requalification dans son alinéa 2, tandis que son alinéa 3 prévoyait un simple pouvoir de relever d'office les moyens de pur droit. Cette rédaction bancale s'explique probablement par les influences contradictoires qui se sont exercées lors de la rédaction du code<sup>6</sup> : pour Motulsky,<sup>7</sup> tant la requalification que le relevé des moyens participent de

<sup>1</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 29 janv. 1970, B. III, n° 73.

<sup>2</sup> CE 12 octobre 1979, *Rassemblement des nouveaux avocats de France*, D. 1979, J. 606, note A. Bénabent ; *Gaz. Pal.* 1980, 1, 6, note P. Julien ; *JCP* 1980, II, 19288, concl. Franc et note J. Boré ; *RTD civ.* 1980, 145, obs. J. Normand. Héron et Le Bars, *Droit judiciaire privé*, n° 306-307.

<sup>3</sup> Héron et Le Bars, *op. cit.*, n° 307.

<sup>4</sup> *Cf. infra* : section 3 « Le principe du contradictoire ».

<sup>5</sup> Héron et Le Bars, *op. cit.*, *loc. cit.* ; Cadiet et Jeuland, *op. cit.*, n° 536.

<sup>6</sup> Chainais et *alii*, *op. cit.*, n° 575.

<sup>7</sup> H. Motulsky « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile », *in* :

l'office du juge, tandis que Cornu et Foyer, partisans d'une conception plus souple du rôle du juge, étaient hostiles à l'idée d'imposer au juge de relever d'office indistinctement tous les moyens de droit<sup>1</sup>.

Il en est résulté des hésitations jurisprudentielles et doctrinales sur le rôle exact du juge. On a eu tendance en principe à considérer qu'il y a une obligation de requalification, mais on reconnaît que parfois il ne s'agit que d'une faculté de requalification. Quant au relevé d'office, des arrêts ont évoqué la faculté de relever d'office un moyen, mais, dans certaines circonstances, d'autres ont considéré qu'il existe une obligation de le soulever d'office. Au sein même de la Cour de cassation, les chambres apparaissaient divisées.

Sans doute l'arrêt du Conseil d'État du 12 octobre 1979 a-t-il annulé l'alinéa 3 de l'article 12 du Code de procédure civile, aux motifs que cette disposition était indissociable de l'article 16, alinéa 1er, du même code, en sa rédaction de l'époque, texte dont il a prononcé l'annulation pour excès de pouvoir. Mais, d'une part, une partie de la doctrine persiste à reconnaître une autorité officieuse à cet alinéa 3 de l'article 12, nonobstant son annulation<sup>2</sup>. D'autre part, l'article 16, alinéa 3, en sa rédaction issue du décret du 12 mai 1981, prévoit que le juge « ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations »<sup>3</sup>. En interprétant *a contrario* ce texte, on en est tenté d'en déduire que le juge a la faculté, et non l'obligation, de relever d'office les moyens de droit.

Cette interprétation *a contrario* de l'article 16, alinéa 3, apparaît cependant discutable. D'une manière générale, le recours à l'interprétation *a contrario* d'un texte n'est légitime, que si elle permet de remonter à un principe général incontesté<sup>4</sup>. Or le principe selon lequel le juge n'aurait qu'une faculté, et non une obligation, de relever d'office les moyens de droit, est, au contraire, controversé. Plutôt que de voir dans l'article 16, alinéa 3, un corollaire de la règle énoncée dans l'article 12, alinéa 3, depuis lors abrogé, d'aucuns considèrent que les deux textes doivent, au contraire, être dissociés<sup>5</sup>. En effet, ces textes ont un objet différent : tandis que l'article 12 définit l'étendue des pouvoirs du juge, l'article 16 fixe les modalités procédurales d'exercice de ces pouvoirs<sup>6</sup>. Aussi bien le Conseil d'État se serait-il mépris, dans sa décision du 12 octobre 1979, en jugeant que les articles 16, alinéa 1er et 12 alinéa 3 constitueraient des dispositions indivisibles<sup>7</sup>.

L'étendue exacte des pouvoirs du juge peut dès lors difficilement se déduire d'une interprétation *a contrario* de l'article 16, alinéa 3. Si, en effet, ce texte semble, au premier abord, suggérer que le juge a simplement le pouvoir de relever d'office les moyens de droit, il se borne, en réalité, à fixer les conditions dans lesquelles le juge doit user des pouvoirs que l'article 12 lui attribue. Or, d'une part, dans ses alinéas 2 et 3, ce dernier texte dissociait artificiellement la qualification ou la requalification des actes et faits litigieux, du relevé d'office des moyens de droit. D'autre part, l'article 12, alinéa 3, est désormais abrogé, de sorte que ne subsiste, dans cet article, que l'obligation pour le juge de qualifier ou de requalifier les faits et actes litigieux. La question de savoir si le juge a la simple faculté, ou au contraire l'obligation, de relever d'office les moyens de droit, demeurerait donc irrésolue.

b. La proposition doctrinale d'une distinction entre moyen de pur droit et moyen mélangé de fait et de droit

Sous l'influence de Cornu et Foyer<sup>8</sup>, la doctrine dominante<sup>9</sup> a alors proposé une synthèse distinguant selon la nature du moyen en question, moyen de pur droit ou moyen mélangé de fait et de droit.

- Si le moyen est de pur droit, le juge a l'obligation de le requalifier ou de le relever, pour la simple raison que le juge ne peut pas ignorer des faits expressément invoqués par les plaideurs.

---

*Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Dalloz, 1961, t. 2, p. 175 et suiv., reproduit in : Motulsky, *Écrits et notes de procédure civile*, p. 60 et suiv., n° 24 ; du même auteur « Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile... », n° 31 et suiv.

<sup>1</sup> Cornu et Foyer, *Procédure civile*, n° 99, p. 453-454 et n° 100, p. 464-465.

<sup>2</sup> Cf. *supra*.

<sup>3</sup> Cf. *supra*.

<sup>4</sup> Aubry et Rau, *Droit civil français*, t. I, 7ème éd., par A. Ponsard, Librairies techniques, 1964, n° 170, p. 315 ; Carbonnier, *Droit civil*, t. I, n° 256 ; Cornu, *Introduction au droit*, n° 414.

<sup>5</sup> Héron et Le Bars, *op. cit.*, n° 306.

<sup>6</sup> *Ibid.*

<sup>7</sup> *Ibid.*, n° 307.

<sup>8</sup> Cornu et Foyer, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>9</sup> Héron et Le Bars, *op. cit.*, n° 285 ; Chainais et alii, *Procédure civile*, n° 580 et suiv. ; Cadiet et Jeuland, *op. cit.*, n° 536.

Cette obligation recouvre deux hypothèses :

- Si les parties ont invoqué des faits sans les qualifier, le juge a le devoir de les qualifier.
  - Si les parties ont invoqué des faits en les qualifiant de manière inexacte, le juge a l'obligation de les requalifier.
- Si le moyen est mélangé de droit et de fait, le juge a une simple faculté de le relever, par la prise en considération de « faits adventices » – que les parties n'avaient pas spécialement invoqués à l'appui de leurs prétentions, mais qu'il puise dans les éléments du débats<sup>1</sup>. Néanmoins, même dans cette hypothèse, où les parties n'ont pas invoqué spécialement certains faits à l'appui de leurs prétentions, mais que le juge est allé les chercher spontanément dans les éléments du débat, il lui faut qualifier.
- c. La condamnation jurisprudentielle de la distinction entre moyen de pur droit et moyen mélangé de fait et de droit

La Cour de cassation semble avoir renoncé à consacrer cette distinction, pour en revenir à l'opposition, inscrite dans le Code de procédure civile à l'origine, entre l'obligation de qualifier et la faculté de relever d'office les moyens de droit, seraient-ils de pur droit<sup>2</sup>. Selon, en effet, un arrêt d'Assemblée plénière du 21 décembre 2007<sup>3</sup> :

*« si, parmi les principes directeurs du procès, l'article 12 du nouveau code de procédure civile 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 ; qu'ayant constaté, par motifs propres et adoptés, qu'elle était saisie d'une demande fondée sur l'existence d'un vice caché dont la preuve n'était pas rapportée, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de rechercher si cette action pouvait être fondée sur un manquement du vendeur à son obligation de délivrance d'un véhicule conforme aux stipulations contractuelles, a légalement justifié sa décision de ce chef ».*

**Remarque** : depuis l'arrêt *Cesareo*, rendu par l'Assemblée plénière le 7 juillet 2006<sup>4</sup>, le principe de la concentration des moyens prévaut : la partie qui, déboutée de sa prétention, a omis d'invoquer un moyen lors d'une instance, est irrecevable à s'en prévaloir dans une instance ultérieure aux mêmes fins, car sa demande se heurte à l'autorité de la chose jugée. Comme la Cour de cassation n'impose pas au juge de relever les moyens d'office<sup>5</sup>, il en résulte que le rôle attribué aux parties dans la mise en œuvre du droit est important<sup>6</sup>.

D'aucuns ont critiqué ce retour de la Cour de cassation à la lettre originare du Code comme une « *régression marquée* » et une « *occasion manquée* », en lui reprochant de reposer sur une distinction artificielle entre requalification des faits et actes litigieux, d'une part, et modification du fondement juridique de la demande, d'autre part<sup>7</sup>.

Ex. si le juge a simplement le pouvoir de substituer d'office un fondement juridique tiré de la résolution pour défaut de conformité à celui de la garantie des vices cachés, il n'a pas l'obligation de requalifier le fait de vice caché de la chose

<sup>1</sup> Cf. *supra* : A, 3.

<sup>2</sup> Chainais et *alii*, *op. cit.*, n° 585 et suiv.

<sup>3</sup> Ass. plén. 21 décembre 2007, n° 06-11343, B. Ass. plén., n° 10 ; D. 2008, 228, obs. L. Dargent ; JCP 2008, I, 138, n° 9, obs. S. Amrani-Mekki et II, 10006, note L. Weiller ; *Procédures* 2008, n° 70, obs. R. Perrot ; dans le même sens : Civ. 1, 28 mars 2018, n° 17-10031, D. 2018, 720 ; Soc. 21 novembre 2018, n° 17-26810 (P) ; JCP S 2019, II, 1015, note G. Duchange. Cf. G. Bolard « L'office du juge et le rôle des parties : entre arbitraire et laxisme », JCP 2008, I, 156 ; Y.-M. Serinet « L'intensité de l'office et le concours d'actions dans la vente: une clarification décisive ? », RDC 2008, 435 ; O. Deshayes « L'office du juge à la recherche de sens », D. 2008, 1102 ; 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 », *Procédures* 2012, n° 11, p. 4 et suiv.

<sup>4</sup> Ass. plén. 7 juillet 2006, B. Ass. plén., n° 8 ; BICC 15 octobre 2006, rap. C. Charruault, avis av. gén. A. Benmakhlof ; D. 2006, J. 2135, note L. Weiller ; JCP 2007, II, 10070, note G. Wiederkehr ; *Dr. et proc.* 2006/5, 348, obs. N. Fricero ; *Procédures* oct. 2006, *Repère* 1, par H. Croze et n° 201, obs. R. Perrot ; *RTD civ.* 2006, 825, obs. R. Perrot. Cf. *infra* : troisième partie « Le dénouement du procès », titre I « Le jugement », chap. III « Effets du jugement », section 2 « Autorité de la chose jugée », § 3 « Etendue de l'autorité de la chose jugée ».

<sup>5</sup> Pour une illustration de l'irrecevabilité, fondée sur l'autorité de la chose jugée, d'une nouvelle demande en raison de la méconnaissance par le plaideur de son obligation de concentration des moyens, à laquelle le juge n'avait pas suppléé, en s'abstenant de substituer d'office un fondement juridique à celui invoqué par le plaideur lors de la première instance : Com. 12 mai 2015, n° 14-16208, B. IV, n° 75.

<sup>6</sup> Chainais et *alii*, *op. cit.*, n° 587.

<sup>7</sup> Chainais et *alii*, *op. cit.*, n° 587-589.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Panthéon-Assas  
Licence droit 3ème année Melun 2023-2024

vendue en un fait de défaut de conformité de cette chose<sup>1</sup>.

Ils ont également insisté sur l'isolement de la jurisprudence française, dont la position s'oppose à la conception plus active du rôle du juge retenue non seulement par les systèmes juridiques de plusieurs États voisins de la France – Allemagne, Belgique et Royaume-Uni, notamment), mais encore par la Cour de justice de l'Union européenne<sup>2</sup>.

Dans son arrêt du 21 décembre 2007, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a néanmoins réservé l'hypothèse de « *règles particulières* ». Ces règles peuvent être légales ou même jurisprudentielles :

- le code de procédure civile oblige le juge à relever d'office les fins de non-recevoir d'ordre public (article 125 du Code de procédure civile) et les exceptions de nullité fondées sur l'inobservation de règles de fond lorsqu'elles ont un caractère d'ordre public (article 120 du Code de procédure civile).
- la Cour de cassation considère que le juge est obligé de relever d'office les moyens de droit dans deux hypothèses.
  - Certaines règles de droit applicables ayant un caractère d'ordre public.

Ainsi, selon la Cour de cassation, le juge est tenu d'appliquer d'office les règles d'ordre public issues du droit dérivé de l'Union européenne<sup>3</sup>. Il s'agit d'une exception d'une portée considérable au principe selon lequel le juge n'est pas tenu de relever d'office les moyens de droit, à telle enseigne qu'on avait pu se demander si la Cour de cassation ne serait pas, dans ces conditions, mieux inspirée d'abandonner ce principe fort contesté et fort contestable. De fait, la Cour de cassation a justifié cette exception par un souci d' « *égalité des citoyens devant la loi et le juge, la simple faculté de soulever d'office pouvant conduire à des pratiques judiciaires diverses pouvant porter atteinte à cette égalité* »<sup>4</sup>. Or il en va ainsi dans tous les domaines, et pas seulement à propos de l'application des règles d'ordre public issues du droit de l'Union européenne<sup>5</sup>. Mieux vaudrait donc, de l'aveu implicite de la Cour de cassation elle-même, revenir sur le principe.

De fait, depuis lors la Cour de cassation a pareillement décidé que le juge est tenu d'appliquer d'office les dispositions d'ordre public de la loi du 5 juillet 1985 relative aux accidents de la circulation, quand bien même les parties au litige ne les auraient pas invoquées<sup>6</sup>.

- En droit international privé, le juge est tenu de mettre en œuvre, même d'office, la règle de conflit de lois et de rechercher la teneur du droit étranger éventuellement applicable<sup>7</sup>.

Ex. une épouse de nationalité portugaise et domiciliée depuis plusieurs années au Portugal assigne en divorce pour faute son conjoint, également portugais mais domicilié en France, devant une juridiction française. Celle-ci prononce le divorce aux torts exclusifs de l'époux par application de la loi française. Or, selon l'article 309 du Code civil, lorsque l'un et l'autre époux ne sont pas de nationalité française ou domiciliés en France et que les tribunaux français sont compétents pour connaître du divorce, celui-ci est régi par la loi française, lorsque aucune loi étrangère ne se reconnaît compétente. L'arrêt attaqué est cassé pour violation des articles 3 et 309 du Code civil, pour n'avoir pas recherché, même d'office, si la loi portugaise n'était pas applicable et, dans l'affirmative, le contenu de cette loi<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> Ou inversement : Civ. 1, 28 mars 2018, n° 17-10031, préc.

<sup>2</sup> *Ibid.*, n° 584.

<sup>3</sup> Ch. mixte 7 juillet 2017, n° 15-25651, B. ch. mixte, n° 2 ; D. 2017, 1800, communiqué C. cass., note M. Bakache ; JCP 2017, 926, note Ch. Quézel-Ambrunaz ; *ibid.*, n° 1174, obs. Ph. Stoffel-Munck ; *ibid.* 2017, doct. 1355, obs. R. Libchaber ; RDC 2017, 15, note J.-S. Borghetti ; CCC 2017, n° 219, note L. Leveneur ; Gaz. Pal. 2017, n° 34, p. 30, note N. Blanc ; Procédures 2017, comm. 227, obs. Y. Strickler ; RTD civ. 2017, 872, obs. P. Jourdain ; *ibid.* 882, obs. P.-Y. Gautier ; 829, obs. L. Usunier ; Civ. 1, 26 mai 2021, n° 19-15102 (P) ; D. actu. 8 juin 2021, obs. F. Mélin : *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, même si les parties ne les ont pas invoquées.* » ; Civ. 2, 14 octobre 2021, n° 19-11758 (B) ; D. Actu 20 octobre 2021, obs. C. Hélaïne : obligation d'examiner d'office le caractère abusif d'une clause contractuelle, dans un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur, conformément à l'arrêt de la CJCE du 4 juin 2009 Pannon, C-243/08.

<sup>4</sup> Note explicative relative à l'arrêt n° 284 (15-25.651) du 07 juillet 2017, *in fine* :

[https://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_2/notes\\_explicatives\\_7002/relative\\_arret\\_37281.html](https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/notes_explicatives_7002/relative_arret_37281.html)

<sup>5</sup> Chainais et alii, Procédure civile, n° 592 ; Usunier, obs. RTD civ. préc.

<sup>6</sup> Civ. 2, 5 juillet 2018, n° 17-19738 (P) ; RCA n° 11, novembre 2018, comm. 267, H. Groutel.

<sup>7</sup> Civ. 1, 3 mars 2010, n° 09-13723, B. I, n° 52 ; Civ. 1, 23 novembre 2011, n° 10-25206, B. I, n° 203 ; Civ. 1, 1er juin 2016, n° 15-13221, B. I, n° 124 : « *il incombe au juge français, s'agissant de droits dont les parties n'ont pas la libre disposition, de mettre en œuvre, même d'office, la règle de conflit de lois et de rechercher, au besoin avec le concours des parties, la teneur du droit étranger applicable* ».

<sup>8</sup> Civ. 1, 3 mars 2010, préc.

Inversement il est des hypothèses légales où le juge est privé de son pouvoir de relever d'office un moyen de droit, par exemple le juge ne saurait suppléer d'office le moyen tiré de la prescription (article 2248 du Code civil)<sup>1</sup>.

En tout état de cause, le devoir du juge de requalifier les faits et actes litigieux et le pouvoir du juge de relever d'office les moyens rencontrent plusieurs limites :

- Tout d'abord, lorsqu'il a l'obligation de requalifier les faits et actes litigieux ou le pouvoir de relever d'office un moyen, le juge doit nécessairement respecter le principe du contradictoire en provoquant les explications préalables des parties, conformément à l'article 16, alinéa 3, du Code de procédure civile<sup>2</sup>. A cet égard, le respect du contradictoire s'impose au juge quand bien même le moyen serait de pur droit, en tout cas dans la procédure applicable devant la Cour de cassation. En effet, l'article 1015 du Code de procédure civile, en sa rédaction issue du décret du 22 mai 2008, destinée à mettre le texte en conformité avec la jurisprudence européenne<sup>3</sup>, le précise expressément.
- Ensuite, le juge doit toujours respecter l'objet du litige (article 4, alinéa 1er, du Code de procédure civile), sa requalification notamment, ne doit donc pas le modifier.
- Enfin, il n'y a pas de requalification possible dans le cas d'un ordre public de protection<sup>4</sup>.

Ex. le juge ne peut requalifier d'office un contrat de travail à durée déterminée en contrat à durée indéterminée, car les dispositions relatives à ces contrats ont été édictées dans le seul but de protéger le salarié ; si celui-ci n'intervient pas lui-même, le juge ne peut pas le faire à sa place<sup>5</sup>.

Ex. de même le juge ne peut-il relever d'office le moyen tiré de la nullité d'un contrat d'assurance pour défaut d'aléa<sup>6</sup>.

Pour certains auteurs, qui raisonnent par analogie à partir des articles 120 et 125 du Code de procédure civile, le juge aurait, en revanche, l'obligation de relever d'office les moyens de pur droit qui seraient en outre d'ordre public<sup>7</sup>, que cet ordre public résulte plutôt d'une énonciation de la loi ou qu'il interprète la loi en ce sens. Mais l'arrêt d'Assemblée plénière du 21 décembre 2007 n'a prévu qu'une simple faculté de relever les moyens de droit d'office, sans distinguer selon qu'ils sont d'ordre public ou non. Cette thèse doctrinale, qui ne fait d'ailleurs pas l'unanimité en doctrine<sup>8</sup>, semblait donc, elle aussi, condamnée en droit positif<sup>9</sup>. Néanmoins, on a vu que des décisions récentes de la Cour de cassation font obligation au juge d'appliquer d'office certaines dispositions d'ordre public.

<sup>1</sup> Cf. *supra* : « Les fins de non-recevoir ».

<sup>2</sup> Cf. par ex. Com. 7 juillet 2015, n° 14-13451 : requalification d'office d'un dol en erreur vice du consentement ; Civ. 3, 2 décembre 2014, n° 13-12330 ; Com. 19 décembre 1989, n° 87-18360, B. IV, n° 324 : substitution d'office d'un nouveau fondement juridique à celui invoqué par le demandeur ; Com. 5 décembre 1995, n° 94-13490, Civ. 1, 22 avril 1997, n° 95-16083, Com. 21 février 2012, n° 09-69825 et Civ. 1, 17 mars 2016, n° 14-29642 : modération d'office d'une clause pénale manifestement excessive, en application de l'ancien article 1152, alinéa 2, du Code civil, devenu l'article 1231-5, alinéa 2, du Code civil (*contra*, cpdt., énonçant que le moyen était « dans le débat » : Com. 20 mars 2001, n° 97-11644) ; Civ. 1, 13 novembre 2008, n° 07-18101, B. I, n° 257 ; *Rev. huissiers* 2009, 36, obs. M. Douchy-Oudot ; Civ. 2, 10 janvier 2013, n° 11-27205 : fin de non-recevoir soulevée d'office, tirée de la prohibition des demandes nouvelles en appel (article 564 du Code de procédure civile) ; Com. 13 novembre 2013, n° 12-15664 : fin de non-recevoir soulevée d'office, tirée du défaut de qualité d'une partie au litige ; Civ. 2, 20 mars 2014, n° 13-13810 : fin de non-recevoir soulevée d'office, tirée d'une péremption d'instance.

<sup>3</sup> CEDH 13 octobre 2005, *Clinique des Acacias et alii c/ France*, JCP 2006, 109, n° 6, obs. F. Sudre ; *Dr. et pr.* 2006-2, 14, obs. N. Fricéro et M. Chardon.

<sup>4</sup> X. Lagarde « Office du juge et ordre public de protection », JCP 2001, I, 312 ; F. Canut « Le relevé d'office de moyens d'ordre public de protection », D. 2007, Chr. 2257.

<sup>5</sup> Soc. 16 février 2005, B. V, n° 56 ; Soc. 24 septembre 2008, B. V, n° 187 ; Soc. 20 février 2013, n° 11-12262, B. V, n° 45.

<sup>6</sup> Civ. 1, 9 novembre 1999, B. I, n° 293.

<sup>7</sup> Cf. Degouttes, concl. sur l'arrêt d'Assemblée plénière du 21 décembre 2007, préc.

<sup>8</sup> Cadiet et Jeuland, *op. cit.*, n° 536.

<sup>9</sup> Un arrêt de la première Chambre civile (Civ. 1, 19 février 2014, n° 12-23519) a, il est vrai, récemment cassé pour violation, entre autres, de l'article 12 du Code de procédure civile, un jugement pour n'avoir pas appliqué, au besoin d'office, les règles d'ordre public relatives à la garantie légale de conformité dans un litige concernant une vente d'animal conclue entre un vendeur professionnel et un acquéreur consommateur. Mais cet arrêt n'a été que diffusé sur le site *Legifrance*, sans avoir eu l'honneur d'une publication au *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation*. Il ne saurait dès lors, en l'état, être considéré comme représentatif de la jurisprudence de la Cour de cassation en la matière.



### Section 3 : Principe du contradictoire<sup>1</sup>

Les principes du droit de se défendre englobent plusieurs obligations, dont le principe du contradictoire – appelé encore principe de la contradiction – est le plus important. Le Code de procédure civile lui consacre ses articles 14 à 17. C'est un principe général du droit affirmé par toutes les hautes juridictions, que ce soit :

- le Conseil constitutionnel, qui, d'une part, l'érige en principe général du droit en procédure civile et considère, par voie de conséquence, que son aménagement relève de la loi<sup>2</sup>, d'autre part, l'élève au rang de principe fondamental reconnu par les lois de la République, lui attribuant ainsi une valeur constitutionnelle, en tant qu'il représente le corollaire des droits de la défense<sup>3</sup> ;
- Le Conseil d'État, qui l'admet au rang des principes généraux du droit dont le respect s'impose au pouvoir réglementaire<sup>4</sup> ;
- l'Assemblée plénière de la Cour de Cassation dans un arrêt du 30 juin 1995<sup>5</sup>, qui reconnaît aux droits de la défense la valeur d'un droit fondamental à valeur constitutionnelle, dans la lignée de la jurisprudence du Conseil constitutionnel précitée ;
- la Cour européenne des droits de l'homme, selon laquelle la notion de procès équitable, visée par l'article 6, § 1, de la Convention EDH, englobe le principe de l'égalité des armes et le droit fondamental au caractère contradictoire de l'instance<sup>6</sup>.

#### • Signification du principe du contradictoire

Chaque partie doit avoir le même pouvoir de discuter les prétentions, les arguments et les preuves de l'adversaire. C'est donc un principe qui va structurer le débat, puisque le jugement n'est rendu qu'après une libre discussion sur les arguments de chaque partie. Aussi la contradiction s'adresse-t-elle non seulement aux parties, mais encore au juge qui en est le garant.

#### • Justification du principe du contradictoire

Tout jugement est en effet, en principe, le résultat d'une confrontation entre chacune des parties en cause, lesquelles doivent être en mesure de discuter et de contredire les prétentions, les moyens, les arguments qui lui sont opposés par la partie adverse. Si le juge pouvait se prononcer sur les seuls moyens invoqués par l'une des parties, sa décision pourrait être faussée et orientée dans un sens favorable à celui qui a été entendu. Par définition donc, l'administration de la justice suppose une confrontation de l'argumentation des parties au procès.

Il en résulte qu'une instance ne saurait être engagée à l'insu du défendeur, qui ne serait dès lors pas en mesure de faire valoir ses moyens. L'assignation a pour objet, précisément, de l'informer de l'existence d'une procédure dirigée contre lui et de l'en informer suffisamment de temps à l'avance pour qu'il ait la possibilité d'organiser sa défense. Aussi la loi a-t-elle accordé au défendeur un délai de comparution. C'est la raison pour laquelle, en se référant au défendeur à une procédure et par un emprunt au contentieux répressif, on désigne souvent le principe de la contradiction comme le respect des droits de la défense.

### § 1 Le principe du contradictoire s'impose aux parties

Le premier devoir des parties évoqué à l'article 14 du Code de procédure civile est celui d'être présent ; le second, évoqué à l'article 15 du même code, consiste à se faire mutuellement connaître les moyens de droit et de fait et les preuves, dans la défense de leurs intérêts respectifs. Ce principe du contradictoire se manifeste donc non seulement au seuil de l'instance, mais encore en cours d'instance<sup>7</sup>.

#### A. Le principe du contradictoire au seuil de l'instance

Chaque adversaire est à la fois créancier et débiteur de la contradiction. Cette contradiction se manifeste au début de l'instance et postule un face-à-face des parties ou de leurs représentants devant le juge. Ainsi,

<sup>1</sup> M.-A. Frison-Roche, *Généralités sur le principe du contradictoire*, thèse Paris 2 1988 ? dir. J. Foyer, réimpr. LGDJ, 2014.

<sup>2</sup> Cons. const. décision n° 85-142 L du 13 novembre 1985, *RDP* 1986, 385, note L. Favoreu, cons. 11.

<sup>3</sup> Cons. const. décision n° 89-268 DC du 29 déc. 1989, *Rec.* p. 110, cons. 58 ; décision n° 2006-535 DC du 30 mars 2006, cons. 24.

<sup>4</sup> CE 16 janvier 1976, *Gate*.

<sup>5</sup> Ass. plén. 30 juin 1995, *B. Ass. plén.*, n° 4.

<sup>6</sup> CEDH 23 juin 1993, *Ruiz-Mateos c/ Espagne*.

<sup>7</sup> M. C. Salah-Bey « Les droits de la défense liés à l'information dans le procès civil », in : Y. Loussouarn et P. Lagarde (dir.), *L'information en droit privé – Travaux de la conférence d'agrégation*, LGDJ, 1978, 73 et suiv.

avant d'être jugées, les parties doivent être entendues. Pour cela, il faut que le demandeur ait régulièrement appelé son adversaire et que ce dernier ne se soit pas dérobé.

On envisagera successivement les modalités d'application du principe du contradictoire au sein de l'instance et les exceptions qu'il connaît.

### 1. Modalités d'application du principe du contradictoire au seuil de l'instance

Ou bien les parties comparaissent, soit personnellement soit par leurs représentants respectifs ; ou bien une des parties fait défaut.

#### a. Comparution des parties

La contradiction va naître de la comparution des adversaires. Le terme de comparution est susceptible de deux interprétations, comme le suggère l'article 467 du Code de procédure civile :

- sens technique devant les juridictions où la représentation est obligatoire, car la comparution y consiste à constituer avocat ;
- sens usuel devant les juridictions devant lesquelles la représentation n'est pas obligatoire, car elle consiste dans la simple présence à l'audience.

A ce sujet, l'article 18 du Code de procédure civile énonce que « *Les parties peuvent se défendre elles-mêmes, sous réserve des cas dans lesquels la représentation est obligatoire.* » Ainsi, hormis dans les procédures où la loi le prévoit, telle, au premier chef, la procédure contentieuse ordinaire devant le tribunal judiciaire (article 760 du Code de procédure civile), le ministère d'avocat n'est-il nullement obligatoire.

Le ministère d'avocat obligatoire tend toutefois à s'étendre : c'est ainsi que, depuis la loi de programmation du 23 mars 2019 et son décret d'application n° 2019-1333 du 11 décembre 2019, la représentation par avocat est désormais obligatoire, sauf exceptions, dans la procédure de référé devant le président du tribunal judiciaire<sup>1</sup>, ainsi que dans la procédure applicable au tribunal de commerce (article 853 du Code de procédure civile).

De toute façon, le justiciable qui maîtrise mal le droit, éprouvera des difficultés à défendre efficacement sa cause devant une juridiction quelconque, sans l'assistance et la représentation d'un avocat.

#### b. Défaut d'une partie

L'impératif de la contradiction n'est pas absolu. En effet, l'article 14 du Code de procédure civile dispose que « *Nulle partie ne peut être jugée sans avoir été entendue ou appelée.* » Cet article n'exige donc pas que la contradiction soit effective, mais seulement qu'elle soit rendue possible : l'intéressé doit avoir été mis en mesure de s'exprimer. Par conséquent, si une personne a été régulièrement appelée et qu'ainsi informée de la procédure, elle ne vient pas pour être entendue, elle pourra tout de même être jugée. Ainsi son défaut, même s'il est gênant, puisqu'on va l'avoir condamnée sans l'avoir entendue, n'est-il pas un obstacle au cours de la justice. Ce serait trop facile de ne pas venir pour échapper au jugement.

Le défaut a suscité la réflexion des rédacteurs du Code de procédure civile, lequel envisage, plus précisément, deux types de défaut :

- le défaut de comparution, lorsque la partie ne comparait pas au sens technique ou usuel ;
- le défaut de diligence, lorsque, après avoir comparu, la partie n'accomplit pas les actes de la procédure dans les délais.

##### α) Défaut de comparution

Le défaut de comparution est envisagé dans les articles 467 et suivants du Code de procédure civile, à l'intérieur du titre XIV du livre I du Code, consacré au jugement. En effet, le problème

<sup>1</sup> Les articles 760 et 761 du Code de procédure civile, qui rendent le ministère d'avocat en principe obligatoire devant le tribunal judiciaire, sauf certaines exceptions tenant à la nature de l'affaire ou la modicité de la demande d'un montant inférieur ou égal à 10 000 €, sont des dispositions communes, applicables à toutes les procédures se déroulant devant ce tribunal, y compris la procédure de référé.

essentiel que pose le défaut de comparution est celui de la qualification du jugement rendu : selon la qualification attribuée par la loi, la partie défaillante disposera d'une voie de recours différente pour le contester, appel, pourvoi en cassation ou opposition<sup>1</sup>.

Cela étant, le défaut de comparution émane soit du demandeur, soit, plus fréquemment, du défendeur. Le Code de procédure civile traite des deux hypothèses.

- Défaut de comparution du demandeur

Le défaut de comparution du demandeur n'est concevable que quand la comparution a un sens usuel, et non dans les domaines dans lesquels la comparution a un sens technique. Par hypothèse, en effet, dans une procédure avec représentation obligatoire, le demandeur n'a pu régulièrement saisir le tribunal que si un avocat le représente : à peine de nullité, l'assignation devant le tribunal judiciaire doit alors contenir la constitution de l'avocat du demandeur (article 752 du Code de procédure civile).

En revanche, il arrive que le demandeur ne se présente pas à l'audience. Ainsi, par exemple, le demandeur lance une procédure, en espérant que l'action va suffisamment impressionner son adversaire pour que celui-ci s'exécute ; ou bien il est empêché physiquement de comparaître. Dans ces hypothèses de défaut de comparution du demandeur, l'article 468, alinéa 1er, du Code de procédure civile prévoit une possibilité, pour le défendeur, d'obtenir un jugement sur le fond qui sera dit contradictoire<sup>2</sup> – plutôt qu'à proprement parler contradictoire comme l'énonce l'article 468 – avec toutes les conséquences qui en découlent. Toutefois, pour cela, deux conditions doivent être remplies :

- le défendeur doit former une demande en ce sens<sup>3</sup> ;
- le défaut de comparution du demandeur ne doit pas être justifié par un motif légitime, par exemple, une hospitalisation<sup>4</sup>. Il appartient néanmoins au demandeur de se prévaloir et d'établir l'existence de ce motif légitime : le juge n'a pas à le rechercher d'office<sup>5</sup>, mais il doit le caractériser s'il décide de le retenir<sup>6</sup>.

Plutôt que de statuer sur le fond, le juge a néanmoins la faculté discrétionnaire, s'il préfère, de renvoyer l'affaire à une audience ultérieure (article 468, alinéa 1er, *in fine*). Il peut aussi, soit à la demande du défendeur, soit même d'office, prononcer la caducité de la citation (article 468, alinéa 2). Cette solution sera préférée par le défendeur craignant un jugement sur le fond défavorable. Cependant le juge peut ultérieurement rapporter la déclaration de caducité, si le demandeur a fait connaître, dans un délai de quinze jours, le motif légitime qu'il n'aurait pas été en mesure d'invoquer en temps utile. En ce cas, les parties sont convoquées à une audience ultérieure. L'appel n'est recevable qu'à l'encontre de la décision de refus de rapporter la décision de caducité et non à l'encontre de celle prononçant la caducité<sup>7</sup>, car cette dernière ne dessaisit pas le juge.

- Défaut de comparution du défendeur

Le défaut de comparution du défendeur est le plus fréquent. Il suffit en effet que le défendeur reste passif face au demandeur, en ne constituant pas avocat ou en ne se présentant pas à l'audience. Il s'expose alors à ce qu'un jugement soit rendu contre lui sur les seuls éléments fournis par son adversaire, indication qui doit, selon l'article 56, 4°, du Code de procédure civile, figurer obligatoirement, à peine de nullité, dans l'assignation.

<sup>1</sup> Cf. *infra*.

<sup>2</sup> Chainais et *alii*, *op. cit.*, n° 460 et 855 ; Cadiet et Jeuland, *op. cit.*, n° 84.

<sup>3</sup> Civ. 2, 10 mars 1988, n° 86-17968, B. II, n° 62 ; Civ. 2, 17 octobre 2002, n° 01-04051, B. II, n° 228 ; Civ. 2, 8 juillet 2004, n° 03-12856, B. II, n° 356 ; Civ. 2, 19 novembre 2015, n° 14-11350, B. II, n° 253 : application de la règle dans une procédure orale (appel d'une décision d'un bâtonnier de l'ordre des avocats tranchant une contestation d'honoraires), où ni l'appelant, ni l'intimé n'avaient comparu, si bien que le premier président de la cour d'appel, compétent pour statuer en appel sur ce type de décision, n'était saisi d'aucun moyen.

<sup>4</sup> Civ. 2, 11 mars 1992, n° 90-19477, B. II, n° 78.

<sup>5</sup> Civ. 2, 16 juin 1993, n° 91-21692, B. II, n° 209.

<sup>6</sup> Civ. 2, 28 juin 2012, n° 11-21051, B. II, n° 125 : un défaut de réception des écritures et pièces adverses ne constitue pas un motif légitime de non-comparution dans une procédure orale.

<sup>7</sup> Civ. 2, 17 juin 1998, n° 95-12810, B. II, n° 193 ; Soc. 23 mai 2007, n° 06-40146, B. V, n° 87.

L'article 471 du Code de procédure civile prévoit certes la possibilité d'une nouvelle citation, à l'initiative du demandeur ou même d'office, si la première n'a pu être délivrée à la personne<sup>1</sup>, mais ce n'est qu'une possibilité. L'article 472 autorise aussi le juge à statuer sur le fond, après avoir toutefois vérifié que la demande est régulière, recevable et bien fondée. En d'autres termes, le juge ne va pas faire automatiquement droit à la prétention du demandeur, d'autant que le défendeur n'est pas là pour se défendre. En cette absence du défendeur, l'office du juge supplée à la contradiction<sup>2</sup>. Le juge doit donc examiner, au moins sommairement, la situation du défaillant sous le triple aspect des exceptions de procédure (« régulière »), des fins de non-recevoir (« recevable ») et des défenses au fond (« bien fondée »).

Ce jugement va être qualifié différemment selon les circonstances, avec des conséquences quant aux voies de recours ouvertes (article 473 du Code de procédure civile) :

- Jugement réputé contradictoire s'il est susceptible d'appel ou si la citation a été délivrée à la personne du défendeur. La voie de recours sera alors, suivant les cas, l'appel ou le pourvoi en cassation, formé devant une juridiction hiérarchiquement supérieure (article 477 du Code de procédure civile).
- Jugement rendu par défaut s'il est en dernier ressort et si la citation n'a pas été remise à la personne du défendeur<sup>3</sup>. Un tel jugement est, sauf disposition expresse contraire, susceptible d'opposition, voie de rétractation exercée devant la juridiction qui a rendu la décision contestée (articles 476, 571 et 572 du Code de procédure civile).

Conformément à l'adage « *opposition sur opposition ne vaut* », l'opposition ne peut être formée qu'une fois : « *Celui qui se laisserait juger une seconde fois par défaut n'est plus admis à former une nouvelle opposition* » (article 578 du Code de procédure civile).

L'article 474 du Code de procédure civile envisage toutefois le cas où il n'y a pas un seul, mais plusieurs défendeurs. Selon l'alinéa 1er de ce texte, en effet, en cas de pluralité de défendeurs cités pour le même objet, lorsque l'un au moins d'entre eux ne comparait pas, le jugement est réputé contradictoire à l'égard de tous si la décision est susceptible d'appel ou si ceux qui ne comparaissent pas ont été cités à personne. Comme le précise l'alinéa 2 de l'article 474, le jugement sera donc rendu par défaut, si la décision n'est pas susceptible d'appel et si l'un au moins des défendeurs n'ayant pas comparu, n'a pas été cité à personne, peu important que d'autres l'aient été.

Toutefois, nonobstant ce que la lettre du texte paraît laisser entendre, le jugement ne sera pas rendu par défaut à l'égard du co-défendeur qui, cité à personne, n'a pas comparu<sup>4</sup>. Celui-ci sera donc irrecevable à former opposition et devra interjeter appel du jugement ou former un pourvoi en cassation, selon les cas. Il n'y a aucune raison, en effet, que celui qui a choisi de ne pas comparaître alors qu'il a été cité à personne, bénéficie du droit de former opposition reconnu à un co-défendeur qui en remplissait les conditions.

Si, en cas de défaut, l'exigence de contradiction est largement écornée, elle n'est donc absolument pas réduite à néant. D'une part, en effet, avant d'en arriver au jugement, le juge a la possibilité de renvoyer l'affaire si le demandeur ne comparait pas ou d'inviter le défendeur à comparaître s'il fait défaut. D'autre part, lorsque le jugement est rendu, on laisse une chance à la contradiction de s'instaurer, mais sur recours. On aura donc une contradiction différée.

<sup>1</sup> Les juges du fond doivent vérifier que la citation comporte les mentions relatant les diligences accomplies par l'huissier et faisant apparaître que la citation à personne étant impossible, celle-ci a dû être délivrée à domicile – ou un procès-verbal de vaines recherches a dû être établi (Civ. 2, 1er octobre 2020, n° 18-23210 (P) ; D. 2021, *Chr. C. cass.* 491, obs.. S. Lemoine et E. de Leyris ; *Rev. prat. rec.* 2020, 9, *chr.* O. Salati ; *D. actu.* 30 octobre 2020, obs. A. Bolze).

<sup>2</sup> Chainais et alii, *Procédure civile*, n° 856 ; S. Jobert, *L'organisation de la connaissance des actes du procès civil (étude sur un modèle en mutation)*, thèse Paris 2, préf. Ph. Théry, LGDJ, 2019, n° 559. En revanche, la jurisprudence tend à considérer que le juge n'a pas à recueillir contradictoirement les observations du demandeur sur les moyens de défense qu'il envisage de relever d'office, aux lieu et place du défendeur : J. Jourdan-Marques « Le contradictoire et le défendeur non comparant : déshabiller Pierre pour habiller Paul ? », *Procédures* mars 2019, *étude* 4.

<sup>3</sup> Civ. 2, 6 juin 2019, n° 18-16291 (P) ; *Procédures* n° 8-9, août 2019, *comm.* 220, H. Croze : l'appelant, qui n'a pas constitué avocat malgré l'assignation à cette fin que lui avait fait signifier l'intimée conformément aux termes de l'article 659 du code de procédure civile (procès-verbal de vaines recherches), n'a pas la qualité de défaillant au sens de l'article 571 du Code de procédure civile, car l'arrêt intervenu n'a pas été rendu par défaut au sens de l'article 473 du même code. Il ne peut donc former opposition à cet arrêt.

<sup>4</sup> Civ. 2, 4 septembre 2014, n° 13-16703, B. II, n° 177 ; D. 2015, 517, obs. H. Adida-Canac, Th. Vasseur et E. de Leiris.

β) Défaut d'accomplissement des actes de procédure

L'autre type de défaut consiste dans le défaut d'accomplissement des actes de la procédure. Il peut être le fait d'une seule partie ou des deux.

- Lorsqu'il est le fait d'une seule partie, l'article 469, alinéa 1er, du Code de procédure civile condamne cette inertie procédurale en autorisant le juge à statuer au vu des seuls éléments dont il dispose, par un jugement contradictoire. Néanmoins, la jurisprudence considère que cette sanction est sévère et ne doit pas conduire à une condamnation par surprise. Le juge demande donc en général d'abord à la partie négligente de s'exécuter. En outre, si le défaut émane du demandeur, le défendeur peut néanmoins avoir intérêt, ici encore, à éviter un jugement sur le fond. Aussi l'article 469, alinéa 2, l'autorise-t-il à solliciter du juge qu'il prononce simplement la caducité de la citation.
- Lorsque la carence émane des deux parties, l'article 470 du Code de procédure civile prévoit que le juge peut d'office radier l'affaire après avoir adressé un dernier avis aux parties ou à leurs mandataires. La radiation, qui est une sanction (article 381, alinéa 1er, du Code de procédure civile), entraîne une suspension de l'instance : l'affaire est supprimée du rang des affaires en cours (article 381, alinéa 2, du code) et l'instance ne reprendra que sur justification, par l'une ou l'autre des parties, de l'accomplissement de l'acte de procédure, des diligences dont le défaut avait entraîné la radiation (article 383, alinéa 2, du code). La radiation étant une mesure d'administration judiciaire (article 383, alinéa 1er, du code), n'est susceptible d'aucun recours (article 537 du code).

2. Exceptions au principe du contradictoire au seuil de l'instance

Normalement le respect du principe de la contradiction (article 16 du Code de procédure civile) ou, ce qui revient au même, des droits de la défense, exige que chaque partie à un litige puisse discuter, contredire les arguments invoqués à son encontre par la partie adverse. Le défendeur doit donc être informé qu'une procédure est engagée à son encontre : si elle l'était à son insu, il ne pourrait faire valoir ses moyens de défense.

Des circonstances exceptionnelles peuvent néanmoins autoriser un demandeur à ne pas appeler le défendeur, soit que la loi le prévoit, soit que les circonstances exigent que la mesure sollicitée, urgente, ne soit pas prise contradictoirement. En effet, l'article 17 du Code de procédure civile admet qu'une mesure puisse être prise à l'insu de l'adversaire, mais cette possibilité n'est offerte, selon le texte, que *« lorsque la loi le permet ou lorsque la nécessité le commande »* et sous réserve que cet adversaire *« dispose d'un recours approprié contre la décision qui lui fait grief. »*

Tel est le cas dans les procédures d'ordonnances sur requête et d'injonction de payer.

a. Ordonnances sur requête

Elles sont rendues à la requête unilatérale d'une partie, fondée à ne pas appeler de partie adverse en la cause (article 493 du Code de procédure civile)<sup>1</sup>. Sur simple requête unilatérale d'un intéressé, le président du tribunal judiciaire ou le juge des contentieux de la protection près le même tribunal lorsqu'il est compétent, peut prescrire de telles mesures (article 845, alinéa 2, du Code de procédure civile) :

- Lorsque la loi le prévoit

Ex. rectification ou annulation judiciaire d'un acte d'État civil (articles 99 du Code civil et 1050 du Code de procédure civile). Il s'agit d'une procédure permettant de mettre un acte d'état civil en harmonie avec une réalité incontestée, erreur ou omission, par exemple une erreur sur le sexe d'un enfant ou sur son prénom dans un acte de naissance. En effet, le requérant n'a pas d'adversaire susceptible d'être appelé en la cause.

- Lorsque la mesure est urgente et que les circonstances exigent qu'elle ne soit pas prise contradictoirement

Ex. constat d'adultère.

<sup>1</sup> Cf. *infra* : La procédure d'ordonnance sur requête.

Les mesures qui seraient ordonnées dans le cadre d'une telle procédure ne sont que provisoires, ce qui implique qu'en référé, l'adversaire non prévenu pourrait demander au juge de se rétracter (article 496, alinéa 2, du Code de procédure civile). La contradiction n'est donc, ici aussi, que provisoirement évincée<sup>1</sup>.

b. Ordonnance d'injonction de payer

Elle est réglementée par les articles 1405 à 1425 du Code de procédure civile<sup>2</sup>. Son objet est de faciliter le recouvrement des créances d'un montant déterminé, contractuelles, statutaires (charges de copropriété, par exemple) ou reposant sur un effet de commerce (article 1405 du Code de procédure civile). La procédure ne peut donc être utilisée pour le recouvrement de créances procédant d'une autre source, délictuelle, quasi-délictuelle ou quasi-contractuelle.

L'injonction de payer prend la forme d'une requête unilatérale qui, outre les mentions prescrites par l'article 57 du Code de procédure civile pour une requête en général, comporte l'indication précise de la somme réclamée avec le décompte des différents éléments de la créance, le fondement de celle-ci, ainsi que le bordereau des documents justificatifs produits à l'appui de la requête (article 1407 du Code de procédure civile). La requête est accompagnée de ces documents justificatifs (même texte). Elle est adressée, par le créancier ou tout mandataire (article 1407 précité), au greffe du tribunal compétent *ratione materiae* (juge des contentieux de la protection, président du tribunal judiciaire ou du tribunal de commerce, selon les cas) du lieu où demeure le débiteur poursuivi (article 1406 du Code de procédure civile).

Toutefois, par dérogation à cette règle de compétence territoriale de principe, lorsque la procédure d'injonction de payer est engagée par un syndicat de copropriétaires à l'encontre d'un ou plusieurs copropriétaires, aux fins de les voir condamner à payer des charges de copropriété impayées, le tribunal du lieu de situation de l'immeuble est seul territorialement compétent (article 60 du décret n° 67-223 du 17 mars 1967, pris pour l'application de la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis). Ce tribunal est en effet le mieux placé *ratione loci* et, du reste, d'une manière générale, l'article 61-1 du décret de 1967 lui attribue compétence pour tous les litiges nés de l'application de la loi de 1965 ou de ce décret lui-même<sup>3</sup>.

Si le juge fait droit à la requête, le débiteur peut contester l'ordonnance rendue par la voie d'une opposition à injonction de payer<sup>4</sup>, dans le mois suivant la signification de l'ordonnance à l'initiative du créancier (articles 1409, 1412 et 1416 du Code de procédure civile). Le délai pour exercer l'opposition et l'opposition elle-même sont suspensifs d'exécution (article 1422, alinéa 1er, du Code civil). S'il est saisi d'une telle opposition, le tribunal rend un jugement contradictoire, qui se substitue à l'ordonnance d'injonction de payer (article 1420 du Code de procédure civile). Ici encore, par conséquent, on assiste à une contradiction décalée.

A défaut pour le débiteur de faire opposition dans le mois de la signification de l'ordonnance ou s'il se désiste de son opposition, l'ordonnance portant injonction de payer et signifiée devient un titre exécutoire et produit les effets d'un tel titre ou d'une décision de justice (article 1422, alinéa 2, du Code de procédure civile). L'ordonnance n'est pas susceptible d'appel de la part du créancier, même si elle accorde des délais de paiement (article 1422, alinéa 2 du même code).

B. Le principe du contradictoire au cours de l'instance

Le principe du contradictoire se manifeste tout au long de l'instance. En effet, au cours de l'instance, on va

<sup>1</sup> Chainais et alii, *Procédure civile*, n° 850 et n° 1955 ; Civ. 2, 7 juillet 2016, n° 15-21579, B. II, n° 188 ; D. 2016, 1574.

<sup>2</sup> Cf. *infra*.

<sup>3</sup> Cf. *supra* : 1ère partie « L'accès au juge », titre II « La compétence », chap. I « Détermination de la compétence », section 2 « Détermination de la compétence territoriale », § 2 « Tempéraments et dérogations au principe (de la compétence du for du défendeur) », B. « Dérogations », 6. « Copropriété des immeubles bâtis ».

<sup>4</sup> L'opposition à une ordonnance d'injonction de payer ne doit pas être confondue avec l'opposition, voie de recours ordinaire visant à la rétractation d'un jugement rendu par défaut (cf. *supra* : 1. « Modalités d'application du principe du contradictoire au seuil de l'instance », b. « Défaut d'une partie », α) « Défaut de comparution », γ « Défaut de comparution du défendeur »). En effet, l'ordonnance d'injonction de payer est rendue à l'issue d'une procédure initialement unilatérale, et non par défaut à l'issue d'une procédure normalement contradictoire. Aussi le débiteur qui a formé opposition à une ordonnance d'injonction de payer, demeure-t-il recevable à former ultérieurement, si les conditions de l'article 473 du Code de procédure civile sont réunies, opposition à l'encontre du jugement par défaut qui a rejeté son opposition à l'ordonnance d'injonction de payer, sans qu'on puisse lui opposer la règle « *opposition sur opposition ne vaut* » (Civ. 2, 18 octobre 2007, n° 06-17201, B. II, n° 232 ; JCP 2008, I, 138, obs. E. Jeuland ; *Procédures* 2007, n° 276, note R. Perrot ; Civ. 2, 22 juin 2016, n° 15-19585 et n° 15-19759, B. II, n° 163 ; *Procédures* n° 10, octobre 2016, *comm.* 282, obs. H. Croze).

assister à une discussion contradictoire entre les parties.

L'article 15 du Code de procédure civile organise cette contradiction en prévoyant que :

*« Les parties doivent se faire connaître mutuellement en temps utile les moyens de fait sur lesquels elles fondent leurs prétentions, les éléments de preuve qu'elles produisent et les moyens de droit qu'elles invoquent, afin que chacune soit à même d'organiser sa défense. »*

Cet article impose une obligation de communication entre les parties, laquelle doit réunir plusieurs qualités. Le régime de sa preuve mérite également quelques précisions.

### 1. Qualités requises de la communication

La communication doit être mutuelle, utile et spontanée.

#### a. Communication mutuelle

Tout d'abord, d'après l'article 15, la communication est mutuelle, ce qui signifie que chaque partie la supporte, le demandeur comme le défendeur.

#### b. Communication utile

Toujours selon l'article 15, la communication doit s'effectuer en outre en temps utile, c'est-à-dire que chaque partie doit disposer d'un laps de temps suffisant pour prendre connaissance des éléments communiqués et préparer la discussion. Cette mesure de temps utile sera affaire de circonstances, c'est une question de fait appréciée par le juge<sup>1</sup>. Sur ce fondement, le juge pourra rejeter du débat des conclusions ou des éléments de preuves tardivement communiquées, à moins qu'il ne décide de révoquer, par application de l'article 784 du Code de procédure civile, l'ordonnance de clôture, afin de permettre une réponse de l'autre partie à ces conclusions ou éléments de preuve.

A cet égard, la Cour de cassation a posé une limite au pouvoir souverain des juges du fond, tirée de l'article 16 du Code de procédure civile. En effet, selon la Cour de cassation, si les juges du fond disposent d'un pouvoir souverain pour apprécier si des conclusions ou des éléments de preuve ont été déposées en temps utile au sens de l'article 15, ils se doivent de répondre à des conclusions de la partie adverse qui en sollicitent le rejet, que ces dernières soient déposées avant ou après le prononcé de l'ordonnance de clôture<sup>2</sup>. Aux termes de l'article 16, en effet, le juge doit en toutes circonstances faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction.

L'exigence d'une communication en temps utile ne s'applique qu'aux conclusions et éléments de preuve, à l'exclusion des pièces de procédure, que le juge n'a pas à écarter des débats, quand bien même une partie les y aurait versées tardivement et alors même que l'adversaire n'en aurait pu avoir connaissance<sup>3</sup>.

#### c. Communication spontanée

Enfin, aux termes de l'article 132, alinéa 2, du Code de procédure civile, la communication des pièces<sup>4</sup> doit être spontanée. A défaut, il y a deux solutions possibles pour faire sanctionner ce manquement :

- l'adversaire peut ne pas réagir immédiatement et demander au moment des débats que le juge écarte ces pièces qui n'ont pas fait l'objet d'une communication en temps utile (article 135 du

<sup>1</sup> Ch. mixte 3 février 2006, *B. Ch. mixte*, n° 2 ; *D.* 2006, 1268, note A. Bolze ; *JCP* 2006, I, 183, n° 13, obs. Th. Clay et *JCP* 2006, II, 10088, note O. Salati ; *RTD civ.* 2006, 376 et *Procédures* 2006, n° 70, obs. R. Perrot ; *Civ.* 2, 30 janvier 2014, n° 12-24145, *B. I.*, n° 26 ; *JCP* 1994, 297, note J. Vallet-Pamart et 436, n°8, obs. Y.-M. Serinet ; *Procédures* 1994, n° 97, obs. R. Perrot ; *Civ.* 2, 6 décembre 2018, n° 17-17557 (P).

<sup>2</sup> *Civ.* 1, 20 juin 2012, n° 11-12122, *B. I.*, n° 136 ; *Procédures* 2012, n° 323, obs. R. Perrot ; *Civ.* 1, 16 mai 2013, n° 12-19078 et 12-19113, *B. I.*, n° 99 ; *D.* 2013, 1285 ; *JCP* 2013, 596, obs. G. Deharo ; *Civ.* 2, 17 octobre 2013, n° 12-23-437, *B. II.*, n° 203.

<sup>3</sup> *Civ.* 2, 21 mars 2019, n° 14-17952 (P).

<sup>4</sup> Par « pièces » au sens de ce texte, il faut entendre uniquement les preuves. En effet l'article 132 se trouve dans un titre du Code de procédure civile consacré à « *L'administration judiciaire de la preuve* ». La Cour de cassation, on vient de le voir, soustrait les pièces de procédure à l'exigence d'une communication en temps utile (*Civ.* 2, 21 mars 2019, préc.).

Code de procédure civile)<sup>1</sup>.

- Il est aussi possible que l'adversaire décide immédiatement de réagir en provoquant un incident de procédure : il demande alors au juge qu'il ordonne la communication forcée (article 133 du Code de procédure civile), au besoin sous astreinte (article 134 du Code de procédure civile) d'une pièce qui a été évoquée mais n'a pas été fournie. Le juge a l'obligation de déférer à une telle demande, en ordonnant la communication<sup>2</sup>, car l'article 16, alinéa 1er, du Code de procédure civile l'oblige à faire respecter le principe de la contradiction<sup>3</sup>.

## 2. Preuve de la communication

La communication est fondamentale puisqu'elle est à la base même de la contradiction. Aussi la question de sa preuve est-elle essentielle. La jurisprudence édicte une présomption de régularité de la communication des pièces<sup>4</sup>. En cas de contestation, cette régularité est facilement établie dans la procédure écrite grâce aux bordereaux de communication des pièces. Dans la procédure orale, on considère que tant qu'il n'y a pas de contestation, les pièces sont réputées avoir été régulièrement soumises au débat, jusqu'à preuve du contraire.

## § 2 Le principe du contradictoire s'impose au juge

Le juge est en dehors de la contradiction mais il n'est pas au-dessus d'elle. En effet, l'article 16, alinéa 1er, du Code de procédure civile énonce que « *Le juge en toutes circonstances doit faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction.* » Il découle de ce texte que le juge est garant de la contradiction à deux titres.

### A. Obligation pour le juge de faire observer le principe de la contradiction par les parties

Le juge doit faire faire observer la contradiction, il exerce donc un contrôle sur la bonne exécution par les parties de leurs obligations et ce contrôle peut s'exercer en toutes circonstances. L'efficacité de ce contrôle tient à ce que le juge, d'une part, peut ordonner une communication (articles 133 et 134 du Code de procédure civile)<sup>5</sup> ou une restitution de pièces (article 136 du Code de procédure civile) et, d'autre part, peut écarter des pièces non communiquées (article 135 du Code de procédure civile).

### B. Obligation pour le juge de respecter lui-même le principe de la contradiction

Le juge doit lui-même respecter la contradiction « *en toutes circonstances* », selon l'article 16, alinéa 1er, du Code de procédure civile. Toutefois ce principe, dont la portée exacte doit être précisée, connaît des tempéraments.

#### 1. Portée du principe imposant au juge de respecter le contradictoire

L'article 16, alinéa 2, précise la signification de ce principe. Le juge ne peut retenir dans sa décision les moyens, explications ou documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement. Autrement dit, il est fait interdiction au juge de retenir au soutien de sa décision des éléments qui n'ont pas été soumis à la contradiction : en aucun cas, il ne pourra fonder sa décision dessus<sup>6</sup>.

Cette obligation pour le juge de respecter le principe de la contradiction n'est pas absolue. En effet, le

<sup>1</sup> Les pièces peuvent alors être écartées des débats quand bien même les dernières conclusions les visant auraient été déclarées recevables (Civ. 2, 6 décembre 2018, n° 17-17557 (P) ; *BICC* n° 900, 15 avril 2019, n° 419 ; *JCP* 2018, *Act.*, 1368, note G. Deharo ; *Gaz. Pal.* 2019, n° 4, p. 64, note C. Bléry ; *RLDC* 2019, n° 6537, p. 9, note A. Dorange ; *Procédures* 2019, *comm.* 40, note Y. Strickler).

<sup>2</sup> Civ. 1, 6 mars 2013, n° 12-14488, *B. I*, n° 38 ; *Gaz. Pal.* 24-25 mai 2013, p. 30, note H. Herman.

<sup>3</sup> *Cf. infra* : § 2 « Le principe du contradictoire s'impose au juge », A. « Obligation pour le juge de faire observer le principe de la contradiction par les parties ».

<sup>4</sup> Civ. 2, 20 décembre 2001, *B. II*, n° 204 ; Civ. 1, 28 janvier 2003, *B. I*, n° 27.

<sup>5</sup> Le juge doit exercer ce pouvoir, en ordonnant la communication forcée, si une partie, qui se heurte à un défaut de communication de son adversaire, la demande (*cf. supra*).

<sup>6</sup> Pour une application à la requête en rectification d'erreur matérielle formée en application de l'article 462 du Code de procédure civile, *cf.* Civ. 2, 9 avril 2015, n° 14-14206, *B. II*, n° 92.



législateur n'exige pas que tout ait été discuté entre les parties : il suffit que la discussion ait été possible, que les parties, selon la formule de l'article 16, alinéa 2, aient « été à même d'en débattre contradictoirement ». En outre, il est tout à fait possible pour le juge de réintégrer dans le débat des éléments de fait qui n'ont pas été débattus contradictoirement, afin de pouvoir prendre sa décision (articles 7, alinéa 2, et 8 du Code de procédure civile)<sup>1</sup>.

Dans son alinéa 3, l'article 16 précise aussi que le juge ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office, sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations, le moyen serait-il d'ordre public<sup>2</sup>. Le juge a donc l'obligation de se soumettre à la contradiction lorsqu'il relève d'office des moyens de droit<sup>3</sup>. A cet effet, il peut au cours des débats solliciter l'avis des parties, ou même, rouvrir les débats afin que les parties lui adressent des notes sur ces moyens.

En procédure orale, il ne peut être présumé qu'un moyen relevé d'office par le juge a été débattu contradictoirement, dès lors qu'une partie n'était pas présente à l'audience<sup>4</sup>.

## 2. Tempéraments à l'obligation faite au juge de respecter le contradictoire

La Cour de cassation soustrait certaines initiatives du juge au principe de la contradiction. En effet, le juge n'est pas tenu de provoquer la contradiction dans plusieurs cas. La liste qui suit n'est pas exhaustive<sup>5</sup>.

### a. Moyen relevé d'office en l'absence de fondement juridique invoqué par les parties

Selon la Cour de cassation<sup>6</sup>, le juge ne relève pas d'office un moyen de droit lorsqu'il retient la règle de droit applicable au litige alors que les parties n'ont pas donné de fondement juridique à leurs prétentions. En effet, tenu par l'article 12, alinéa 1er, du Code de procédure civile, de trancher le litige conformément aux règles de droit applicables, le juge n'a pas à consulter les parties sur son initiative.

Certains auteurs critiquent toutefois vivement cette solution, en soulignant notamment que le juge, en réalité, soulève alors bien un moyen de droit, si bien que son initiative ne devrait pas échapper au respect du contradictoire<sup>7</sup>. La portée de la solution est, de toute façon, limitée depuis la réforme issue du décret du 28 décembre 1998, puisque les parties doivent désormais qualifier leurs prétentions (articles 56, 768 du Code de procédure civile)<sup>8</sup>.

### b. Moyen pris de l'absence ou de la réunion des conditions d'application de la règle invoquée

Le juge n'est pas non plus tenu d'inviter les parties à formuler les observations lorsqu'il vérifie, de son propre mouvement, l'absence ou la réunion des conditions d'application de la règle<sup>9</sup>. Cette

<sup>1</sup> Cf. *supra*.

<sup>2</sup> Ch mixte 10 juillet 1981, 2 arrêts, n° 77-10745 et n° 78-10425, B. mixte, n° 6 ; D. 1981, J. 637, concl. Cabannes ; Gaz. Pal. 1981, 627, note J. Viatte ; RTD civ. 1981, 677, obs. J. Normand et 905, obs. R. Perrot ; RTD com. 1981, 721, obs. A. Bénabent et J.-Cl. Dubarry, pour une fin de non-recevoir d'ordre public ; Civ. 2, 13 octobre 2016, n° 15-25995, B. II, n° 228 : fin de non-recevoir tiré de l'inobservation du délai imparti à l'intimé pour relever appel incident ; Civ. 2, 19 octobre 2017, n° 16-23752, B. II, n° 202 (moyen tiré d'une forclusion) ; comp., toujours à propos d'une fin de non-recevoir d'ordre public, relevé d'office mais après un débat contradictoire entre les parties : Civ. 2, 5 juin 2014, n° 13-19920, B. II, n° 130 ; Civ. 2, 11 mai 2017, n° 16-17083 et 16-17084, B. II, n° 96 : fin de non-recevoir d'ordre public tirée de l'inobservation des dispositions de l'article 963 du Code de procédure civile. Cf. P. Raynaud « L'obligation pour le juge de respecter le principe de la contradiction. Les vicissitudes de l'article 16 », in : *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 715 et suiv. ; A. Bénabent « Les moyens relevés en secret par le juge », JCP 1977, I, 2849 ; E. Baraduc « Le juge civil de cassation, le moyen relevé d'office et le principe de la contradiction », in : *La procédure en tous ses états. Mélanges en l'honneur de Jean Buffet*, Paris : Petites affiches, 2004, p. 5 et suiv. ; J. Moury, *Le moyen de droit à travers les articles 12 et 16 du nouveau code de procédure civile*, thèse Paris 2, 1986.

<sup>3</sup> Civ. 1, 13 novembre 2008, préc. ; Com. 16 septembre 2014, n° 13-10189, B. IV, n° 126 ; Civ. 2, 19 octobre 2017, n° 16-23752, préc.

<sup>4</sup> Civ. 2, 22 octobre 2020, n° 19-15985 (P) ; Civ. 1, 26 mai 2021, n° 20-12512 (P) ; *Procédures* n° 8-9, août 2021, comm.219, note Y. Strickler.

<sup>5</sup> Cf. Chainais et alii, *op. cit.*, n° 892 et suiv. ; Civ. 2, 3 septembre 2015, n° 14-11676 : le juge a le pouvoir d'infliger d'office une amende civile pour abus du droit d'agir en justice, sur le fondement de l'article 32-1 du Code de procédure civile, sans avoir à observer le principe de la contradiction.

<sup>6</sup> Civ. 1, 20 mai 1981, n° 79-17171, B. I, n° 176 ; D. 1982, J. 318, note D. Rondeau ; Civ. 3, 28 mai 1986, n° 85-11402, B. III, n° 82 ; Gaz. Pal. 1987, somm. 19, obs. H. Croze et C. Morel ; RTD civ. 1987, 391, obs. J. Normand.

<sup>7</sup> Chainais et alii, *op. cit.*, n° 893.

<sup>8</sup> Chainais et alii, *op. cit.*, loc. cit. Cf. *supra*.

<sup>9</sup> Civ. 2, 18 mars 1975, B. II, n° 96 : défaut d'urgence ; Civ. 3, 25 janvier 1984, D. 1985, J. 117, note J. Héron : irrecevabilité de la

vérification relève, à dire vrai, de l'essence de sa mission, qui est de dire le droit. Le moyen étant alors, selon une jurisprudence fort critiquée<sup>1</sup> de la Cour de cassation, « nécessairement dans la cause » ou « dans le débat », le juge n'a pas à provoquer les explications des parties avant de le soulever.

La Cour européenne des droits de l'homme a condamné le recours du juge à la notion de moyen dans la cause pour s'affranchir du principe de la contradiction, à propos de la procédure applicable devant la Cour de cassation<sup>2</sup>. Depuis, par un décret du 22 mai 2008, l'article 1015 du Code de procédure civile a été modifié, pour imposer au juge de cassation de provoquer les explications des parties avant de relever d'office un moyen de pur droit.

En tout cas, ne constitue plus par nature, dans la jurisprudence actuelle, un « moyen dans la cause » le moyen tiré d'une requalification des faits. Aussi le juge ne saurait-il le soulever d'office sans avoir, au préalable, invité les parties à présenter leurs observations, du moins lorsque cette requalification repose sur des faits adventices, que les parties n'ont pas spécialement invoqués à l'appui de leurs prétentions<sup>3</sup>. Lorsque, en revanche, le juge requalifie des faits que les parties avaient spécialement l'appui de leurs prétentions, un arrêt de la Cour de cassation l'a dispensé de solliciter préalablement les observations des parties<sup>4</sup>. Le moyen serait alors dans la cause au sens où Motulsky l'a entendu<sup>5</sup>.

#### c. Moyen de fait relevé d'office

Le juge peut relever d'office, sans avoir à provoquer les explications des parties, des faits parmi les éléments du débat, alors même que les parties ne les auraient pas spécialement invoqués<sup>6</sup>. Ce sont les faits dits « adventices », que l'article 7, alinéa 2, du Code de procédure civile autorise le juge à prendre en considération<sup>7</sup>.

Il en va toutefois différemment lorsque la prise en considération des faits adventices s'accompagne du relevé d'office d'un moyen de droit<sup>8</sup>. En effet, l'article 16, alinéa 3, du Code de procédure civile impose alors au juge d'inviter au préalable les parties à présenter leurs observations.

#### d. Moyen d'ordre public tiré de la violation des droits de la défense

Paradoxalement, le juge n'a pas à respecter le principe de la contradiction lorsqu'il s'emploie, précisément, à le faire respecter. Ainsi en va-t-il, par exemple, quand il déclare d'office irrecevables des conclusions notifiées tardivement, dans des circonstances telles que l'adversaire n'a pas eu la possibilité d'y répondre<sup>9</sup>.

### Section 4 : Principes d'oralité et de publicité des débats

---

preuve testimoniale contre les énonciations d'un écrit ; Com. 13 décembre 1994, n° 92-15091, B. IV, n° 378 et Civ. 3, 5 mai 2010, n° 09-13111 : irrecevabilité d'une exception de procédure soulevée tardivement, en violation des dispositions de l'article 74 du Code de procédure civile ; Civ. 2, 17 novembre 2005, B. II, n° 297 ; *Procédures* 2006, n° 4, obs. R. Perrot : vérification du régime d'une nullité et de ses conditions d'application ; Ch. mixte 10 juillet 1981, préc. ; Com. 7 octobre 2014, n° 13-17839 : vérification d'office des conditions d'application de l'article 1843-4 du Code civil.

<sup>1</sup> Chainais et *alii*, *op. cit.*, n° 894 ; Héron et Le Bars, *op. cit.*, n° 309.

<sup>2</sup> CEDH 13 octobre 2005, *Clinique des Acacias et alii c/ France*, JCP 2006, 109, n° 6, obs. F. Sudre ; *Dr. et pr.* 2006-2, 14, obs. N. Fricero et M. Chardon.

<sup>3</sup> Civ. 1, 20 novembre 1984, n° 83-14181, B. I, n° 315 ; D. 1985, IR 265, obs. P. Julien, *a contrario* ; Civ. 2, 7 mars 1985, n° 83-12513, B. II, n° 61 ; JCP 1986, II, 20589, note R. Lindon et A. Bénabent (2ème arrêt) ; RTD civ. 1986, 795, obs. J. Normand.

<sup>4</sup> Civ. 3, 5 mars 2008, n° 06-19237 06-20223, B. III, n° 39 ; LPA 23 février 2009, p. 7, obs. L. Mayer. Sur l'évolution de la jurisprudence sur ce point, cf. Chainais et *alii*, *op. cit.*, n° 894.

<sup>5</sup> « La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge », D. 1964, Chr. 235, reproduit in : H. Motulsky, *Écrits et notes de procédure civile*, 85 et suiv., n° 4. Cf. *supra* : « Introduction générale », section 2 « Le litige », § 1 « Genèse du litige », B. « Éléments constitutifs du litige », 2. « La cause du litige », c) « La cause, fondement factuel de la demande ».

<sup>6</sup> Civ. 2, 7 janvier 1976, n° 74-12083, B. II, n° 7 ; Civ. 3, 20 novembre 1985, n° 84-13353, B. III, n° 153 ; *Gaz. Pal.* 1986, *somm.* 421, note H. Croze et Ch. Morel ; Civ. 2, 3 octobre 2002, n° 00-21567, *Procédures* 2002, n° 227, obs. R. Perrot ; Soc. 17 janvier 2002, n° 99-20750, B. V, n° 21 ; D. 2002, 2704, note critique G. Bolard ; Civ. 2, 17 avril 2008, n° 07-15266, B. II, n° 96 ; *contra* : Civ. 1, 10 juillet 1990, n° 87-16773, B. I, n° 192 ; Com. 17 mai 2011, n° 10-17397, B. IV, n° 77 ; RTD civ. 2011, 590, obs. R. Perrot.

<sup>7</sup> Cf. *supra*.

<sup>8</sup> Civ. 3, 20 novembre 1985, préc.

<sup>9</sup> Civ. 2, 20 mars 1991, RTD civ. 1991, 798, obs. R. Perrot ; Civ. 2, 11 mars 1992, JCP 1992, IV, 156 ; Civ. 2, 2 décembre 1992, D. 1993, *somm.* 1987, obs. P. Julien.

Il s'agit de corollaires au principe du contradictoire, puisqu'ils garantissent la qualité du débat.

### § 1 Principe de l'oralité des débats<sup>1</sup>

En ce qui concerne le principe de l'oralité tout d'abord, ce n'est pas à proprement parler un principe directeur, mais lorsque la procédure est orale, le juge n'en doit pas moins le respecter<sup>2</sup>.

Cela étant, l'oralité est en perte de vitesse devant le tribunal judiciaire commun faute de moyens. On peut le déplorer, car la plaidoirie présente le mérite irremplaçable d'instituer un lien direct entre le justiciable et le juge, au lieu que ce dernier ne traite le dossier que d'une manière impersonnelle, à travers les pièces et les écritures produites par les parties<sup>3</sup>.

D'une manière plus générale, ce déclin est attesté par l'article 446-1 du Code de procédure civile, relatif à la procédure orale, par opposition à la procédure écrite, où les parties doivent formuler leurs prétentions dans des conclusions écrites. D'une part, l'alinéa 1er de l'article 446-1 prévoit, qu'à l'audience, les parties peuvent se borner à se référer aux prétentions et moyens qu'elles auraient formulées par écrit. D'autre part, et surtout, l'alinéa 2 de l'article dispose, que, lorsque la loi le prévoit, les parties peuvent être autorisées à formuler leurs prétentions et moyens par écrit, sans se présenter à l'audience, sauf la faculté pour le juge d'ordonner que les parties se présentent devant lui. Lorsque la procédure se déroule ainsi sans audience, il va de soi qu'elle n'a plus d'orale que le nom.

Ce déclin de l'oralité est tel, que l'article L. 212-5-1 du code de l'organisation judiciaire prévoit que la procédure devant le tribunal judiciaire se déroulera sans audience, si les parties en sont d'accord. Or la possibilité existe dans toutes les procédures applicables devant le tribunal judiciaire, y compris celles traditionnellement orales, comme la procédure de référé ou la procédure sans représentation obligatoire (articles 828, 836-1, 839 et 843 du Code de procédure civile).

### § 2 Principe de publicité des débats

En ce qui concerne le principe de publicité énoncé à l'article 22 du Code de procédure civile, il a été reconnu comme ayant valeur de principe général et même fondamental, car il est évoqué par l'article 6, § 1, de la convention EDH. La raison est tout simplement qu'il permet de se rendre compte de la façon dont est rendue la justice et il participe ainsi à l'exigence d'indépendance et d'impartialité du juge.

#### A. Portée du principe de publicité des débats

Concrètement, il signifie que l'accès aux salles d'audience est libre, que la presse peut assister aux débats et effectuer des comptes-rendus. Il ne s'applique cependant qu'à la matière contentieuse et pas à la matière gracieuse.

#### B. Exceptions au principe de publicité des débats

En outre, le principe connaît des exceptions. En effet, il existe des cas où les débats auront lieu en chambre du conseil, c'est-à-dire dans le bureau du juge ou une petite salle du tribunal où la présence du public n'est pas autorisée :

- soit parce que la loi l'exige en matière d'état des personnes, par exemple les débats sur la cause, les conséquences du divorce et les mesures provisoires (article 248 du Code civil),
- soit parce qu'elle l'autorise, à l'article 435 du Code de procédure civile, toutes les fois où la publicité risque de provoquer des désordres ou de permettre un atteinte à l'intimité de la vie privée ou bien si toutes les parties le demandent.

<sup>1</sup> M. Garçon, *Essai sur l'éloquence judiciaire*, Paris : Mercure de France, 1941 ; J. Villacèque « Le style et l'éloquence judiciaire, entre tradition et révolution », in : *Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 1023 et suiv.

<sup>2</sup> Cf. Civ. 2, 6 juin 2013, n° 12-21406, B. II, n° 117.

<sup>3</sup> Villacèque, *op. cit.* ; Ch. Lhermitte « Plaidoyer pour une réforme de la plaidoirie », *Gaz. Pal.* 31 mai 2016, p. 12 ; B. Belval « La justice par KO technique, ou le refus de la disparition de la plaidoirie », *Gaz. Pal.* 5 mai 1920, p. 8 ; C. Bléry « Un juge toujours plus lointain... ? Réflexions sur la dispense de présentation et la procédure sans audience », *Dalloz Actu.* 23 décembre 2020.

### Chap. III : Formalisme de l'instance (les actes et délais de procédure)

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

#### Section 1 : Les actes de procédure

- Notion d'acte de procédure

Il n'y en a pas de définition officielle. On peut cependant considérer que cette expression vise tous les actes se rattachant à l'instance, qu'ils soient l'œuvre des parties, de leurs représentants ou bien encore des auxiliaires de justice. L'acte de procédure est tout à la fois le *negotium*, manifestation de volonté en vue de produire des effets de droit et l'*instrumentum*, l'écrit qui sert d'expression nécessaire à cette volonté. Toutefois les actes de procédure étant des actes essentiellement formalistes, la notion désigne avant tout l'*instrumentum*.

- Diversité des actes de procédure

La définition qui vient d'être donnée désigne une très grande diversité d'actes. Toutefois les actes de procédure ont pour caractéristique commune d'avoir pour objet de faire avancer l'instance<sup>1</sup>. Il convient donc d'en exclure les actes du juge – ordonnances, jugements, arrêts. Ceux-ci sont des actes de juridiction ou, tout au moins, d'administration judiciaire. Ils sont soumis à des règles propres qu'on étudiera ultérieurement<sup>2</sup>.

Sont, en revanche, des actes de procédure les actes suivants :

- Actes des greffiers

Les greffiers ont essentiellement un rôle matériel. Ils sont en effet chargés de consigner par écrit les actes des juges ou de recueillir certaines déclarations faites devant eux par les parties elles-mêmes. Ils sont, en outre, chargés de conserver ces actes et d'en délivrer copie.

- Actes des avocats

Leur ministère est, en principe, obligatoire devant le tribunal judiciaire (articles 760 et 761 du Code de procédure civile) et devant la cour d'appel (article 899 du même code). Ils ont principalement pour mission de rédiger, au nom des plaideurs – en leur qualité de mandataire *ad litem* – les actes qui seront adressés à la juridiction saisie : requêtes, placets et conclusions, au moyen desquels les prétentions et arguments de chacune des parties seront portés à la connaissance du tribunal ou de la cour. En outre, pour les besoins de la procédure, les avocats sont amenés à se signifier entre eux des actes, qu'on appelle, dans le jargon judiciaire, des « actes du palais ».

- Actes des huissiers de justice

On les appelle des « exploits » et, si ce terme ne figure plus dans le Code de procédure civile, il est toujours présent dans les articles 1er et 2 de l'ordonnance n° 45-2559 du 2 novembre 1945 relative au statut des huissiers. Aussi bien ce terme est-il loin d'avoir disparu du langage judiciaire courant. Les actes d'huissier sont fort variés ; selon leur objet propre, ils portent une dénomination spécifique.

- Assignment. Elle tend à la comparution de l'adversaire devant un tribunal judiciaire ou un tribunal de commerce, notamment. On parle également de citation. Ce dernier terme, qui était jadis réservé à l'assignation devant le tribunal de grande instance, est pratiquement aujourd'hui synonyme d'assignation.
- Commandement ou sommation. L'huissier, au nom du requérant, intime à une personne de déférer à un ordre ou à une défense. L'acte s'appelle un commandement lorsque l'ordre ou la défense procède d'un titre exécutoire, une sommation dans le cas contraire.

<sup>1</sup> Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. I, p. 107.

<sup>2</sup> Cf. *infra* : « Le jugement ».

Ex. commandement de payer un arriéré de loyers, sommation « interpellative »...

- Constat. L'huissier décrit une situation matérielle à titre d'instrument de preuve<sup>1</sup>.

Ex. constat d'adultère, constat d'entrée ou de sortie des lieux dans le bail.

- Procès-verbal. L'huissier décrit des opérations matérielles auxquelles il a procédé.

Ex. procès-verbal de saisie.

Le formalisme réside à la fois dans la rédaction de l'acte et dans sa communication aux tiers. La formalité par laquelle l'acte de procédure est communiqué, sa notification, lui permet de produire ses effets. On traitera enfin de la sanction des irrégularités affectant les actes de procédure.

## § 1 Rédaction des actes de procédure

La diversité des actes de procédure ne permet pas d'étudier les formes particulières à chacun d'eux. On se bornera donc à insister sur les règles générales concernant les actes d'huissier de justice, en raison de leur importance pratique. Ces règles générales sont celles qui gouvernent tous les actes d'huissier, indépendamment des énonciations spécifiques que tel ou tel acte d'huissier doit en outre, à raison de son objet, contenir.

On exposera successivement les modalités de rédaction des actes d'huissier et leurs mentions.

### A. Modalités de rédaction des actes d'huissier

Elles concernent la langue de rédaction et le nombre d'exemplaires.

#### 1. Langue de rédaction

Les actes d'huissier doivent être rédigés en langue française (article 2, al. 2 de la Constitution du 4 octobre 1958), sans blancs, ni ratures, ni surcharges, ni interlignes ; ou, du moins, les surcharges et renvois doivent être approuvés. Ils peuvent être soit manuscrits, soit dactylographiés. Presque toujours aujourd'hui, ils sont imprimés et l'huissier se borne à compléter les blancs.

#### 2. Nombre d'exemplaires

Les actes d'huissier devaient naguère être rédigés en deux originaux et une ou plusieurs copies selon le nombre des intéressés. Le second original était remis au requérant, le premier étant conservé par l'huissier, qui pouvait en délivrer des copies appelées expéditions. Mais la loi n° 2010-1609 du 22 décembre 2010 a mis fin au principe de l'établissement des actes en deux originaux. Désormais, en effet, les huissiers ne sont plus tenus d'établir leurs exploits qu'en un seul original et à en établir des expéditions certifiées conformes (article 2, alinéa 1er, de l'ordonnance du 2 novembre 1945)<sup>2</sup>. A l'égard du destinataire de l'acte, la copie conforme à l'original vaut preuve<sup>3</sup>.

L'établissement de l'original a été adapté à l'ère du numérique, par le décret n° 2005-972 du 10 août 2005, venu modifier les articles 24 et suivants du décret n° 56-222 du 29 février 1956 pris pour l'application de l'ordonnance du 2 novembre 1945). Si les actes sont établis en double original, ils peuvent l'être sur des supports différents. Toutefois les originaux établis sur support électronique doivent l'être au moyen d'un système de traitement, de conservation et de transmission de l'information agréée par la Chambre nationale des huissiers de justice, afin de garantir l'intégrité et la confidentialité de leur contenu. La signature électronique en doit, en outre, être sécurisée. La Chambre nationale des huissiers a été autorisée à certifier et à enregistrer les actes sous forme numérique et elle dispose de la signature sécurisée.

### B. Mentions des actes d'huissier

<sup>1</sup> M.-P. Mourre-Schreiber, *La preuve par le constat d'huissier de justice*, thèse Nice-Sophia Antipolis, Éditions juridiques et techniques, 2015.

<sup>2</sup> Chainais et *alii*, *op. cit.*, n° 987.

<sup>3</sup> *Ibid.*

Selon l'article 648 du Code de procédure civile, à peine de nullité pour vice de forme<sup>1</sup>, tout exploit doit contenir les énonciations suivantes, indépendamment des mentions prescrites par ailleurs :

- « 1. Sa date ;
- « 2. a) Si le requérant est une personne physique : ses nom, prénoms, profession, domicile, nationalité, date et lieu de naissance ;  
b) Si le requérant est une personne morale : sa forme, sa dénomination, son siège social et l'organe qui la représente légalement.
- « 3. Les nom, prénoms, demeure et signature de l'huissier de justice ;
- « 4. Si l'acte doit être signifié, les nom et domicile du destinataire, ou, s'il s'agit d'une personne morale, sa dénomination et son siège social. » (cette dernière mention porte dans la pratique le nom de « parlant à »).

Hors l'article 648, d'autres mentions sont effectivement imposées :

- le libellé de l'exploit, variant suivant la nature de l'acte<sup>2</sup> ;
- le coût de l'exploit, indiqué d'une manière détaillé<sup>3</sup>.

## § 2 Notification des actes de procédure

- **Importance** : hormis quelques rares exceptions, un acte de procédure n'a d'efficacité que s'il est connu de l'adversaire, au moyen d'une notification régulière. Un acte qui demeurerait dans les archives du requérant n'aurait aucune valeur juridique. En effet, un acte de procédure ne produit ses effets normaux qu'à la condition d'avoir été notifié. Dès lors, si la notification n'a pas été faite ou est irrégulière, l'acte lui-même est dépourvu d'efficacité juridique : *Idem est non esse et non significari*.
- Ces considérations expliquent que la forme de la notification des actes de procédure soit minutieusement réglementée dans le code de procédure civile, aux articles 651 et suivants. Ces notifications obéissent à quelques dispositions communes que l'on peut trouver à l'article qui définit les destinataires de la notification, ainsi qu'aux articles 689 à 692 relatifs au lieu de la notification. En dehors de ces articles, chaque notification obéit à des règles particulières.

A la lecture du code de procédure civile, on s'aperçoit qu'il existe des modes généraux et des modes spéciaux de notification. Cependant, lorsqu'elle est possible, la notification des actes de procédure s'opère de plus en plus par la voie électronique.

### A. Les modes généraux de notification des actes de procédure

On en distingue deux, la notification en la forme ordinaire et la signification.

#### 1. La notification en la forme ordinaire

On évoquera rapidement ses modalités, les mentions qu'elle doit contenir et son époque.

##### a. Modalités de la notification en la forme ordinaire

D'après l'article 667 du Code de procédure civile : la notification en la forme ordinaire se fait « *sous enveloppe ou pli fermé, soit par la voie postale, soit par la remise de l'acte à son destinataire contre émargement ou récépissé.* » Lorsque la voie postale est empruntée, la lettre recommandée avec demande d'avis de réception est la plus utilisée, bien entendu.

Selon l'article 670 du Code de procédure civile :

« *La notification est réputée faite à personne lorsque l'avis de réception est signé par son destinataire* », « *à domicile ou à résidence lorsque l'avis de réception est signé par une personne muni d'un pouvoir à cet effet.* »

Enfin, aux termes de l'article 670-1 du Code de procédure civile :

<sup>1</sup> Cf. *infra*.

<sup>2</sup> Arrêté du 29 juin 2010 fixant les normes de présentation des actes d'huissier de justice, annexe, 8.2.

<sup>3</sup> Article 26, alinéa 1er, du décret n° 96-1080 du 12 décembre 1996 portant fixation du tarif des huissiers de justice en matière civile et commerciale.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Panthéon-Assas  
Licence droit 3ème année Melun 2023-2024

*« En cas de retour au secrétariat d'une juridiction d'une lettre de notification dont l'avis de réception n'a pas été signé dans les conditions prévues à l'article 670, le secrétaire invite la partie à procéder par voie de signification. »*

b. Mentions de la notification en la forme ordinaire

La notification doit contenir les mentions prévues à l'article 665 du Code de procédure civile :

*« La notification doit contenir toutes indications relatives aux nom et prénoms ou à la dénomination ou raison sociale de la personne dont elle émane et au domicile ou siège social de cette personne.  
« Elle doit désigner de la même manière la personne du destinataire. »*

c. Époque de la notification en la forme ordinaire

La notification en la forme ordinaire n'est soumise à aucune condition de jours et d'heures. Tout en réservant les dispositions applicables en certaines collectivités d'Outre-mer, l'article 668 du Code de procédure civile précise à quelle date elle est réputée intervenir, date qui est différente selon qu'on se place du point de vue de l'auteur de la notification ou du destinataire<sup>1</sup> :

*« la date de la notification par voie postale est, à l'égard de celui qui y procède, celle de l'expédition, et, à l'égard de celui à qui elle est faite, la date de la réception de la lettre. »*

Lorsque la notification est faite par lettre en recommandé avec demande d'avis de réception, comme c'est le cas le plus fréquent, la date de réception « est celle qui est apposée par l'administration des postes lors de la remise de la lettre à son destinataire » (article 669 du Code de procédure civile). Par remise au sens de ce texte, il faut entendre la remise effective au destinataire et non pas la présentation de la lettre par la Poste au domicile de celui-ci<sup>2</sup>.

Toutefois la mise en demeure d'exécuter une obligation, adressée au débiteur par le créancier, prévue par l'article 1344 du Code civil, n'étant pas de nature contentieuse, n'est pas soumise aux règles des articles 665 et suivants du Code de procédure civile, relatifs à la notification des actes de procédure en la forme ordinaire<sup>3</sup>. Il en résulte notamment qu'elle est régulière, quand bien même le débiteur n'en aurait pas accusé réception<sup>4</sup>.

2. La signification<sup>5</sup>

C'est tout simplement une notification faite par acte d'huissier, selon la définition qu'en donne l'article 651, alinéa 1er, du Code de procédure civile. En effet, l'huissier a le monopole de la signification des actes de procédure. Ce mode de notification est considéré comme le procédé le plus noble, comme la voie royale, puisque la signification s'impose en l'absence de dispositions contraires (article 651, alinéa 2) et qu'elle est toujours possible, alors même que la loi aurait prévu une autre forme de notification (article 651, alinéa 3)<sup>6</sup>.

Motif : l'huissier de justice est un professionnel qui doit s'investir dans sa mission de notification (« *Les huissiers de justice sont tenus d'exercer leur ministère toutes les fois qu'ils en sont requis, sauf dans les cas d'empêchement et pour cause de parenté ou d'alliance...* » – article 15 du décret du 29 février 1956 pris pour l'application de l'ordonnance du 22 novembre 1945 relative au statut des huissiers) et qui doit procéder à toutes les investigations nécessaires pour que cette signification soit faite à personne.

a. Auteur de la signification

L'huissier compétent est un de ceux établi dans le ressort de la cour d'appel où la signification doit être effectuée (article 5 du décret du 29 février 1956 pris pour l'application de l'ordonnance du 22 novembre 1945 relative au statut des huissiers). Si la signification est électronique, elle peut cependant être également effectuée par un huissier établi dans le ressort de la cour d'appel où le destinataire a son domicile ou sa résidence (article 5-2 du décret du 29 février 1956).

<sup>1</sup> Cf. Civ. 2, 21 mai 2015, n° 14-18587, B. II, n° 122.

<sup>2</sup> Civ. 3, 2 février 2005, n° 04-10219, B. III, n° 26 ; Civ. 2, 10 mars 2005, n° 03-11033, B. II, n° 64 ; *Procédures* 2005, n° 121, obs. R. Perrot ; *Rev. huissiers* 2005, 226, note E. Putman ; Com. 18 mars 2008, n° 07-10028, *Procédures* 2008, n° 136 ; Civ. 3, 13 juillet 2011, n° 10-20478, B. III, n° 129.

<sup>3</sup> Civ. 1, 20 janvier 2021, n° 19-20680 (P) ; *D. actualité* 11 février 2021, obs. J.-D. Pellier.

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> S. Jobert « La clarification du régime des significations irrégulières », *D.* 2021, 1249.

<sup>6</sup> Com. 10 mars 2015, n° 13-22777, B. IV, n° 48.

L'huissier doit personnellement procéder aux significations, avec deux dérogations toutefois : la suppléance et le recours à des clercs assermentés (article 16 du décret du 29 février 1956 et les renvois). Il doit relater, dans l'original, les formalités et diligences qu'il a accomplies pour signifier l'acte, avec indication de leurs dates (article 663, alinéa 1er, du Code de procédure civile).

b. Modalités de la signification

Il existe des modalités générales et des modalités particulières applicables lorsque le destinataire de l'acte est domicilié dans certaines collectivités d'outre-mer énumérées par le code de procédure civile.

α) Modalités générales de signification au destinataire

On distingue la signification à personne, la signification à domicile ou résidence et enfin la signification par procès-verbal de recherches infructueuses.

• Signification à personne

La signification à personne est le procédé prioritaire : « *La signification doit être faite à personne* » (article 654 du Code de procédure civile). L'idée est tout simplement de remettre l'acte à la personne même de l'intéressé, à l'endroit où il est possible de le joindre, en n'importe quel lieu : à son domicile, dans la rue, sur son lieu de travail... Si le destinataire est une personne morale, la signification est faite à personne « *lorsque l'acte est délivré à son représentant légal, à un fondé de pouvoir de ce dernier ou à toute autre personne habilitée à cet effet* » (article 654, alinéa 2).

La signification à personne est la meilleure des significations, car il est certain que le destinataire aura eu ainsi connaissance de l'acte. L'huissier doit donc tout mettre en œuvre pour tenter d'atteindre le destinataire. Mais il n'en demeure pas moins que la signification à personne est le mode de signification le plus rare en pratique, dans la mesure où, surtout dans les grandes villes, l'huissier éprouve souvent des difficultés à rencontrer personnellement le destinataire. D'où l'existence dans le Code de procédure civile de procédés subsidiaries, dans le cas où la signification à personne se révèle impossible.

• Signification à domicile

Prévue par l'article 655 du Code de procédure civile, la signification à domicile consiste, pour l'huissier, à remettre une copie de l'acte à toute personne présente au domicile ou à la résidence de l'intéressé, à condition que cette personne accepte cette signification – elle n'y est pas obligée – et qu'elle décline à l'huissier son identité. L'huissier laissera alors au domicile ou à la résidence du destinataire un avis de passage, l'avertissant de la remise de la copie et mentionnant la nature de l'acte, le nom du requérant, ainsi que les indications relatives à la personne à laquelle la copie a été remise.

Si personne ne peut ou ne veut recevoir copie de l'acte et s'il résulte des vérifications faites par l'huissier, dont mention sera faite dans l'acte de signification, que le destinataire demeure bien à l'adresse indiquée<sup>1</sup>, la signification est quand même faite à domicile, selon l'article 656. En ce cas, l'huissier laisse l'avis de passage déjà décrit, dans lequel il mentionne, en outre, que la copie de l'acte doit être retirée dans le plus bref délai à son étude, soit par le destinataire, soit par un mandataire spécial (même texte). La copie de l'acte est conservée à l'étude pendant trois mois, passé ce délai l'huissier en est déchargé (même texte).

Dans toutes les hypothèses de signification à domicile, l'huissier doit en outre aviser le destinataire de la signification, le jour même ou au plus tard le premier jour ouvrable, par lettre simple comportant les mêmes mentions que l'avis de passage (article 658 du Code de

<sup>1</sup> Civ. 2, 15 janvier 2009, n°07-20472, B. II, n° 18 ; D. 2009, chr. C. cass. 757, obs. J.-M. Sommer ; Procédures 2009, n° 78, note R. Perrot ; Dr. et pr. 2009, 157, note M. Douchy-Oudot ; Gaz. Pal. 17-18 juin 2009, p. 20, note L. Lauvergnot ; Civ. 2, 4 mars 2021, n° 19-25291 (P) : la seule indication du nom du destinataire de l'acte sur la boîte aux lettres, n'est pas de nature à établir, en l'absence d'autres diligences, la réalité du domicile du destinataire de l'acte et l'huissier de justice doit faire des recherches suffisantes pour signifier l'acte.



procédure civile). Cette lettre contient, en outre, une copie de l'acte de signification (même texte, alinéa 1er).

• Signification par procès-verbal de recherches infructueuses

Lorsque la signification à personne se révèle impossible et que, par surcroît, le destinataire n'a ni domicile, ni résidence, ni lieu de travail connu, il ne reste plus à l'huissier qu'à signifier l'acte en dressant un procès-verbal de vaines recherches. L'article 659 du Code de procédure civile explique alors la démarche à suivre :

*« Lorsque la personne à qui l'acte doit être signifié n'a ni domicile, ni résidence, ni lieu de travail connus, l'huissier de justice dresse un procès-verbal où il relate avec précision les diligences qu'il a accomplies pour rechercher le destinataire de l'acte.*

*« Le même jour ou, au plus tard le premier jour ouvrable suivant, à peine de nullité, l'huissier de justice envoie au destinataire, à la dernière adresse connue<sup>1</sup>, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, une copie du procès-verbal à laquelle est jointe une copie de l'acte objet de la signification.*

*« Le jour même, l'huissier de justice avise le destinataire, par lettre simple, de l'accomplissement de cette formalité.*

*« Les dispositions du présent article sont applicables à la signification d'un acte concernant une personne morale qui n'a plus d'établissement connu au lieu indiqué comme siège social par le registre du commerce et des sociétés. »*

Comme le texte le précise, l'huissier doit donc non seulement dresser ce procès-verbal, mais encore en adresser copie au destinataire, ainsi qu'une copie de l'acte objet de la signification, par lettre simple et recommandé A.R., à sa dernière adresse connue.

β) Modalités particulières de signification à un destinataire de l'acte domicilié dans certaines collectivités d'Outre-mer ou assimilées

Ces modalités sont précisées aux articles 660 à 662 du Code de procédure civile. A moins que la signification ait pu être faite à personne, l'huissier doit expédier l'acte à l'autorité compétente dans ces territoires, aux fins de sa remise au destinataire selon les modalités en vigueur dans la collectivité où il demeure (article 660). L'huissier doit également, le jour même ou, au plus tard, le premier jour ouvrable suivant, expédier une copie certifiée conforme de l'acte au destinataire, par courrier recommandé A.R.

c. Époque de la signification

α) Périodes auquel la signification peut être faite

Une signification ne peut être valablement faite à n'importe quelle heure et n'importe quel jour (article 664 du Code de procédure civile). La signification doit être effectuée :

- Les jours ouvrables, par opposition aux dimanches et jours fériés ;
- aux heures autorisées, à savoir entre six heures du matin et vingt et une heure.

β) Date effective de la signification

La date de la signification d'un acte d'huissier de justice est, en principe, celle du jour où elle est faite (article 664-1 du Code de procédure civile) ou, dans le cas d'un procès-verbal de vaines recherches (article 659 du code), le jour de son établissement (article 664-1 précité).

B. Les modes spéciaux de notification des actes de procédure

Ces modes spéciaux résultent soit de la qualité des personnes entre lesquelles la notification doit être faite, soit de l'existence d'un élément d'extranéité.

<sup>1</sup> Il appartient aux juges du fond de vérifier que la signification du procès-verbal de vaines recherches a bien été faite au dernier domicile connu et la lettre recommandée A.R. adressée à ce même dernier domicile connu (Civ. 2, 2 juillet 2020, n° 19-14893 (P) ; *Rev. prat. Rec.* 2020, 12, obs. E. Joly ; *Gaz. Pal.* 2020, n° 390d4, p. 53, obs. C. Bléry ; *Procédures* oct. 2020, n° 10, Comm. 165, obs. Y. Strickler ; *D. actu.* 28 juill. 2020, obs. G. Maugain.

1. Modes spéciaux de signification tenant à la qualité particulière des personnes entre lesquelles elle intervient

En particulier, la notification des actes de procédure entre avocats ne se fait pas selon les règles générales édictées aux articles 653 et suivants du Code de procédure civile (article 671 du même code). Elle s'opère soit par acte du palais – signification par un huissier audiencier (article 672 du même code) –, soit plus simplement par notification directe, c'est-à-dire une remise de l'acte en double exemplaire à son destinataire, lequel va restituer à son confrère l'un des exemplaires après l'avoir daté et signé (article 673 du même Code).

Toutefois la communication électronique des actes de procédure entre avocats tend progressivement à supplanter la notification classique<sup>1</sup>. En effet, l'envoi par voie électronique d'un acte de procédure entre avocats vaut notification directe, pourvu que l'avocat destinataire de l'acte ait donné son consentement à l'utilisation de ce mode d'envoi, conformément à l'article 748-2 du Code de procédure civile.

2. Mode spéciaux de signification tenant à l'existence d'un élément d'extranéité

Le dernier critère de particularisme est celui qui réside dans un élément d'extranéité : c'est tout simplement la question des notifications internationales. A ce titre, un décret du 3 décembre 2002 pris en application d'un règlement du 29 mai 2000 est venu créer une nouvelle section dans le nouveau code de procédure civile relative aux significations et notifications internationales, actes judiciaires et extrajudiciaires au sein de l'union européenne.

C. La communication électronique des actes de procédure<sup>2</sup>

Elle est prévue par les articles 748-1 et suiv. du Code de procédure civile. Aux termes de l'article 748-1 :

*« Les envois, remises et notifications des actes de procédure, des pièces, avis, avertissements ou convocations, des rapports, des procès-verbaux ainsi que des copies et expéditions revêtues de la formule exécutoire des décisions juridictionnelles peuvent être effectués par voie électronique dans les conditions et selon les modalités fixées par le présent titre, sans préjudice des dispositions spéciales imposant l'usage de ce mode de communication. »*

Ce texte est à portée très générale quant aux actes visés, puisqu'il englobe les décisions juridictionnelles. L'article 748-2, alinéa 1er, soumet toutefois la validité de la communication électronique au consentement exprès du destinataire des notifications de l'utilisation de la voie électronique, à moins que des dispositions spéciales n'imposent l'usage de ce mode de communication.

A la lecture du texte exigeant que le consentement soit « exprès », on aurait pu légitimement penser qu'il doit être donné « au coup par coup », pour chaque procédure. Mais, selon un avis de la Cour de cassation<sup>3</sup>, l'adhésion d'un avocat au « réseau privé virtuel avocat » (RPVA) emporte nécessairement consentement de sa part à recevoir la notification d'actes de procédure par la voie électronique. Cette jurisprudence libérale fait, en réalité, litière, de l'exigence légale d'un consentement exprès. Un décret n° 2015-282 du 11 mars 2015 n'en est pas moins venu la confirmer, en complétant l'article 748-2 du Code de procédure civile à cet effet, par un second alinéa.

§ 3 Sanction des irrégularités affectant un acte de procédure

Le code de procédure civile traite de la nullité des actes de procédure aux articles 112 et suivants, dans un chapitre consacré aux exceptions de procédure. En effet, c'est par la voie d'une telle exception<sup>4</sup> que la nullité d'un acte de procédure doit être invoquée. Le code distingue deux catégories de nullité, les nullités de forme et les nullités de fond, qu'il soumet à des régimes sensiblement différents.

On envisagera successivement les conditions de la nullité, son régime procédural, ses effets.

<sup>1</sup> Cf. *infra* : C.

<sup>2</sup> H. Croze « Le progrès technique de la procédure civile », *JCP* 28 janvier 2009, p. 5.

<sup>3</sup> Cass. avis 9 septembre 2013, n° 13-70005, B. avis, n° 10 ; *Procédures* oct. 2013, dossier 4, n° 4, obs. C. Bléry ; cf., pour des conclusions d'appel signifiées *via* ce réseau : Com. 11 juin 2014, n° 13-17318, B. IV, n° 105.

<sup>4</sup> Cf. *supra* : Première partie « L'accès au juge », titre I « L'action en justice », chap. II « Régime de l'action en justice », section 2 « Exercice de l'action en justice », § 2 « Mise en œuvre de l'action en justice », B. « Les moyens de défense », 2. « Les exceptions de procédure ».

## A. Conditions de la nullité

*De lege ferenda*, la question se pose de savoir si toutes les règles prescrites sont indistinctement sanctionnées par la nullité ou si, au contraire, cette sanction ne doit être attachée qu'à la violation de certaines d'entre elles, considérées comme les plus graves. Trois systèmes sont, à cet égard, concevables<sup>1</sup>.

- Système des *legis actiones*

Le système le plus rigoureux consiste à décider que la moindre irrégularité de forme est une cause de nullité : tel était le système retenu dans le droit romain à l'époque des *legis actiones*. Gaius a donné l'exemple, resté célèbre, du plaideur dont la demande fut rejetée, parce que, croyant bien faire en apportant une précision complémentaire, il avait parlé de ses vignes (*vites*), au lieu de ses arbres (*arbores*), alors que la bonne formule était « *de arboribus succis* ». Ce système aboutit à sacrifier le fond à la forme, en donnant une valeur quasi-mystique au formalisme. Il est aujourd'hui unanimement répudié. Toutes les formes imposées par la loi ne sont pas graves au point d'entraîner la nullité de l'acte si elles n'ont pas été observées : un choix s'impose.

- Système des nullités comminatoires

Le choix est confié au juge, auquel on s'en remet, dans chaque cas d'espèce, pour décider si, compte tenu de l'importance du vice, il est opportun ou non d'annuler l'acte. La nullité est ainsi laissée à la discrétion du juge, qui s'en sert comme d'une menace, d'où le nom donné à ce système. Cette conception était en vigueur dans l'Ancien droit, avant l'ordonnance de 1667. Sa souplesse séduit, mais précisément cette souplesse est génératrice d'insécurité juridique. En effet, on ne sait jamais à l'avance si l'acte sera annulé ou non. Or il n'est pas satisfaisant que le sort d'un acte, dont l'issue du procès au fond peut dépendre, soit abandonné exclusivement à l'appréciation du juge.

- Système de la détermination légale des causes de nullité

Dans ce système, on laisse le soin au législateur de déterminer lui-même quelles seront les causes de nullité : « *pas de nullité sans texte* ». Le système présente l'avantage de sa simplicité apparente, puisqu'il suffit de se référer à la loi pour savoir quelles sont les formalités dont l'inobservation est sanctionnée par la nullité de l'acte. On échappe ainsi à la rigueur du système des *legis actiones* et à l'incertitude inhérente au système des nullités comminatoires. Mais le système pèche à son tour par sa rigidité. Il suppose en effet une loi très bien faite, où l'importance de toutes les formalités a été soigneusement pesée et appréciée. Or, en pratique, il en est rarement ainsi.

Néanmoins ce système, qui avait prévalu avec l'ordonnance de 1667 et dans le Code de procédure civile de 1806, a été repris en partie dans le Code de procédure civile actuel. Mais le législateur n'y soumet que les nullités pour vice de forme, du moins en principe, à l'exclusion des nullités de fond. Il convient donc d'envisager séparément les conditions des deux types de nullité.

### 1. Conditions de la nullité pour vice de forme

Elles sont prévues dans les articles 112 à 116 du Code de procédure civile. Les causes sont nombreuses. On peut citer, par exemple, l'erreur relative à la dénomination d'une partie<sup>2</sup>, l'absence de signature de l'huissier sur un acte signifié<sup>3</sup> ou encore l'absence de mention des lieu, date et heure à laquelle l'affaire sera appelée par le tribunal dans une assignation (article 56, 1<sup>o</sup>, du Code de procédure civile). Ce sont les plus fréquentes, mais il en existe bien d'autres<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Les développements qui suivent immédiatement sont empruntés à Solus et Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. I, n° 397 et suiv. et à Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. I, p. 139-140.

<sup>2</sup> Civ. 2, 4 février 2021, n° 20-10685 (P) ; B. Ferrari « Les erreurs sur les mentions relatives aux personnes morales dans les actes de procédure : quelle sanction pour quel vice ? », *Rev. soc.* 2021, 420 et suiv.

<sup>3</sup> Article 648 du Code de procédure civile.

<sup>4</sup> Ainsi, par exemple, l'omission de constituer avocat dans une assignation devant le tribunal judiciaire, en violation de l'article 752 du Code de procédure civile : Civ. 2, 10 novembre 2010, B. II, n° 184 ; *Procédures* 2011, n° 6, obs. R. Perrot (*cf. infra* : titre II « Déroulement de l'instance », chap. I « La procédure devant le tribunal judiciaire », section 1 « La procédure contentieuse ordinaire », § 1 « Introduction de l'instance », A. « Mode d'introduction de l'instance » ; l'omission des mentions obligatoires prescrites à peine de nullité par l'article 901 du Code de procédure civile dans la déclaration d'appel (*cf. infra* : 3ème partie « Le dénouement du procès », titre II « Les voies de recours », Chap. II « Les voies de recours ordinaires », section 1 « L'appel », § 1 « Conditions de l'appel », B « Conditions de délais et de forme de l'appel » 2 « Formes de l'appel », a « Formes de l'appel en matière contentieuse », a) « Formes de l'appel dans la procédure contentieuse avec représentation obligatoire », « Appel formée par

Cette nullité ne peut être prononcée que si trois conditions sont remplies : la nullité doit en principe être expressément prévue par la loi, le vice de forme allégué doit avoir causé un préjudice à la partie adverse et enfin il ne doit pas avoir été régularisé.

a. Nullité expressément prévue par la loi

La nullité doit être expressément prévue par la loi à moins que la formalité méconnue ne soit essentielle ou d'ordre public.

α) Principe : pas de nullité sans texte

L'article 114, alinéa 1er, du Code de procédure civile, pose en effet le principe suivant : « *Aucun acte de procédure ne peut être déclaré nul pour vice de forme si la nullité n'en est pas expressément prévue par la loi* ». Un acte de procédure n'est donc exposé à l'annulation que dans les seuls cas où la règle de forme méconnue a été prescrite par la loi « à peine de nullité »<sup>1</sup>. Aussi trouve-t-on dans le Code de procédure civile une série fastidieuse d'articles, contenant une énumération d'autres articles dont les dispositions sont prescrites à peine de nullité. Par exemple, l'article 693, relatif à la notification des actes de procédure, précise quelles sont les dispositions en la matière prescrites à peine de nullité de la notification.

Malheureusement, ainsi qu'il a été dit, l'expérience révèle presque toujours des irrégularités de forme que le législateur a omis de sanctionner par la nullité de l'acte, à laquelle on conçoit pourtant mal que celui-ci échappe. La difficulté se retrouve dans d'autres branches du droit où le principe « *pas de nullité sans texte* » prévaut, par exemple en matière de mariage. Aussi, fort de cette expérience, le législateur a-t-il lui-même pris l'initiative de déroger, en certains cas, à ce principe en procédure civile.

β) Dérogation au principe : formalités substantielles ou d'ordre public

Afin d'échapper à l'écueil, la doctrine, sous l'empire du Code de procédure civile de 1806, avait imaginé différents systèmes d'interprétation des textes. L'un d'entre eux, proposé par Glasson<sup>2</sup>, repose sur l'idée que toutes les formalités édictées par la loi n'ont pas la même importance. Il convient en effet, selon cet auteur, de distinguer entre les formalités substantielles et les formalités secondaires ou accessoires :

- Les formalités substantielles sont inhérentes à l'objet de l'acte, elles lui confèrent « *sa nature et ses caractères* », par exemple le nom du requérant, la signature de l'huissier, la date ou l'objet de la demande, l'adresse du destinataire de l'acte. Leur inobservation entraîne la nullité de l'acte, même si la loi ne le prévoit pas expressément.
- Les formalités accessoires, au contraire, sont celles dont l'omission ne fait perdre à l'acte ni sa nature ni son caractère propres, par exemple l'omission du coût de l'acte. Leur violation n'entraîne la nullité de l'acte que si cette sanction est expressément prévue par la loi.

La jurisprudence antérieure s'était ralliée à cette distinction<sup>3</sup>. L'article 114, alinéa 1er, du Code de procédure civile l'a consacrée, en soustrayant l'inobservation « *d'une formalité substantielle ou d'ordre public* » à l'application du principe « *pas de nullité sans texte* ». La violation d'une telle formalité est donc sanctionnée par la nullité de l'acte, quand bien même le législateur ne l'aurait pas expressément déclaré.

Si ce tempérament atténue les inconvénients de la règle « *pas de nullité sans texte* », il présente la faiblesse de déplacer la difficulté, au lieu de la résoudre. En effet, le critère de la formalité substantielle demeure incertain. La Cour de cassation s'est, il est vrai, efforcé de le préciser, en énonçant que « *le caractère substantiel est attaché, dans un acte de procédure, à ce qui tient à sa raison d'être et lui est indispensable pour remplir son objet* »<sup>4</sup>. Mais la mise en œuvre de ce

déclaration unilatérale ») ou par l'article 975 du Code de procédure civile dans la déclaration de pourvoi en cassation (Civ. 1, 20 septembre 2019, n° 18-20222 (P)).

<sup>1</sup> Cf. Civ. 2, 11 décembre 2008, B. II, n° 267, censurant, pour violation des articles 114 et 117, un arrêt ayant qualifié à tort de vice de fond un vice de forme, pour éluder l'application de la règle « pas de nullité sans texte ».

<sup>2</sup> Glasson, *Précis de procédure civile*, t. I, p. 15.

<sup>3</sup> Civ. 2, 3 mars 1955, B. II, n° 141 ; JCP 1955, II, 8654 ; Gaz. Pal. 1955, 1, 426.

<sup>4</sup> Civ. 2, 3 mars 1955, préc.

critère relève parfois de l'impressionnisme juridique<sup>1</sup>.

Quant à la formalité d'ordre public, elle se distingue mal de la formalité substantielle, en l'état du droit positif<sup>2</sup>, en dépit du fait que l'article 114 aurait pu être interprété comme les visant distinctement.

Ex. l'obligation, prescrite par l'article 56, antépénultième alinéa, du Code de procédure civile, d'énumérer dans l'assignation et par bordereau annexé les pièces sur lesquelles la demande est fondée, ne constitue pas une formalité substantielle ou d'ordre public, dont l'inobservation entraînerait la nullité de l'acte pour vice de forme<sup>3</sup>. Il en va de même, à notre avis, de l'obligation de préciser également dans l'assignation les diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable du litige, prévue par l'article 56, avant-dernier alinéa (décret du 11 mars 2015)<sup>4</sup>.

Ex. En revanche, dans la procédure d'appel avec représentation obligatoire, la notification directe des conclusions entre avocats selon les formes prescrites par l'article 673 du Code de procédure civile constitue une formalité substantielle. Bien que l'article 673 soit muet sur la sanction attachée à l'inobservation des formes qu'il prescrit, la notification des conclusions par télécopie encourt donc la nullité, si toutefois la partie qui s'en prévaut prouve le grief que l'irrégularité lui cause<sup>5</sup>.

#### b. Grief causé par l'irrégularité à la partie adverse

Aux termes de l'article 114, alinéa 2, du Code de procédure civile : « *La nullité ne peut être prononcée qu'à charge pour l'adversaire qui l'invoque de prouver le grief que lui cause l'irrégularité, même lorsqu'il s'agit d'une formalité substantielle ou d'ordre public.* » Le principe est donc : « *Pas de nullité sans grief* ». Il faut en préciser la signification et en indiquer la justification, avant d'en examiner la portée.

##### α) Signification et justification du principe

Il faut donc que celui qui invoque la nullité formelle prouve le grief que lui cause cette irrégularité<sup>6</sup>. Il lui appartient de démontrer que le vice de forme lui a causé un préjudice, par exemple qu'il l'a empêché d'assurer correctement la défense de ses droits. L'existence d'un grief est appréciée souverainement par les juges du fond<sup>7</sup>, mais il leur appartient de la rechercher<sup>8</sup>.

Effectivement, il n'y a aucune raison d'annuler un acte de procédure, dès lors que l'irrégularité constatée n'a pas causé de préjudice à l'adversaire. En décider autrement serait tomber dans un formalisme procédural excessif et injustifié.

##### β) Portée du principe

Ce principe est d'application générale, il n'importe que la formalité méconnue soit accessoire ou bien substantielle ou d'ordre public, contrairement à ce que la jurisprudence antérieure décidait. En effet, l'article 114, alinéa 2, du Code de procédure civile a clairement condamné

<sup>1</sup> Cf. Civ. 2, 30 avril 2002, B. II, n° 86.

<sup>2</sup> J. Beauchard « Nullité des actes de procédure – vice de forme », in : *JCL procédure civile* fasc. 137, n° 57. Cf., sous l'empire de l'ancien Code de procédure civile : Civ. 2, 9 mai 1950, D. 1950, p. 429 ; *RTD civ.* 1950, p. 551, obs. P. Raynaud.

<sup>3</sup> Civ. 2, 3 avril 2003, n° 00-22066, B. II, n° 94 ; *Procédures* 2003, n° 132, obs. R. Perrot ; *contra* : TGI Marseille, 26 févr. 1973, *Gaz. Pal.* 1973, 1, 348, note Candas ; *RTD civ.* 1973, p. 612, obs. P. Raynaud.

<sup>4</sup> Cf. *supra*.

<sup>5</sup> Civ. 2, 16 octobre 2014, n° 13-17999, B. II, n° 213 ; D. 2015, *Chr. C. Cass.* 517, n° 1, obs. Th. Vasseur, E. de Leiris et H. Adida-Canac. Cf. *infra* : 3ème partie, « Le dénouement du procès », titre II « Les voies de recours », Chap. II « Les voies de recours ordinaires », section 1 « L'appel », § 1 « Conditions de l'appel », B. « Conditions de délais et de forme ».

<sup>6</sup> Cf. par ex. Civ. 2, 12 décembre 1990, n° 89-18369 ; Civ. 3, 6 octobre 2010, n° 09-66683, B. III, n° 182 ; Civ. 2, 12 juillet 2012, n° 11-21370 ; Com. 11 juin 2014, n° 13-18064, B. IV, n° 99 ; Civ. 2, 22 septembre 2016, n° 15-22386, B. II, n° 210 ; Civ. 2, 28 juin 2018, n° 17-20189 ; Civ. 2, 4 février 2021, n° 20-10685, préc. ; Civ. 2, 10 juin 2021, n° 19-21935 (P).

<sup>7</sup> Civ. 2, 13 juillet 2005, n° 03-14980, B. II, n° 193 ; Civ. 3, 30 septembre 2009, n° 08-15203, B. II, n° 208 ; Civ. 2, 11 février 2010, n° 09-65404, B. II, n° 31 ; Civ. 2, 22 septembre 2016, préc. ; Civ. 2, 4 mars 2021, n° 19-13344 19-14055 (P).

<sup>8</sup> Civ. 2, 20 octobre 2011, n° 10-24109, B. II, n° 194 ; Soc. 13 juin 2012, n° 11-12315 ; Civ. 2, 23 mai 2013, n° 12-16933, B. II, n° 100 ; Civ. 2, 16 octobre 2014, préc. : la caducité de la déclaration d'appel, faute de notification par l'appelant de ses conclusions à l'intimé dans le délai imparti par l'article 911 du code de procédure civile, ne peut être encourue, en raison d'une irrégularité de forme affectant cette notification, qu'en cas d'annulation de cet acte, sur la démonstration par celui qui l'invoque du grief que lui a causé l'irrégularité, conformément à l'article 114 du code.

cette jurisprudence, en imposant à l'adversaire la preuve d'un grief « *même lorsqu'il s'agit d'une formalité substantielle ou d'ordre public.* »<sup>1</sup>.

En présence d'irrégularités de forme majeures, les juges du fond ont souvent tenté d'éluder l'exigence d'un grief en matière de nullité pour vice de forme. La Cour de cassation s'est opposée à ces tentatives, qu'elles aient consisté :

- à disqualifier artificiellement le vice de forme en vice de fond, en violation du caractère limitatif que la jurisprudence dominante de la Cour de cassation<sup>2</sup> prête à la liste des irrégularité de fond de l'article 117 du Code de procédure civile<sup>3</sup> ;
- ou bien à qualifier l'acte d'inexistant au lieu de simplement nul<sup>4</sup>. D'une manière générale, la Cour de cassation condamne en effet le recours à la théorie de l'inexistence pour tourner le régime juridique strict des actes de procédure. Elle l'a fait notamment fait dans un arrêt de la Chambre mixte du 7 juillet 2006<sup>5</sup>.

**Remarque** : on n'a jamais pu donner un critère fiable de distinction entre l'acte inexistant et l'acte nul. Aussi la doctrine civiliste majoritaire actuelle rejette-t-elle la théorie de l'inexistence. A la vérité, la notion d'inexistence n'est pas conceptuelle, mais fonctionnelle<sup>6</sup>. En effet, la jurisprudence y recourt pour soustraire exceptionnellement un acte au régime des nullités, afin d'éluder les conséquences perverses résultant de l'application normale du régime des nullités<sup>7</sup>.

Ex. l'annulation d'un mariage est soumis à la règle « *pas de nullité sans texte* ». La notion d'inexistence a permis à la jurisprudence d'invalider des mariages dont la nullité n'est pas prévue par le Code civil, mais dont la réduction à néant s'impose, par ex. le défaut total de célébration du mariage ou, naguère, le mariage entre futurs époux de même sexe.

### c. Absence de régularisation du vice

Aux termes de l'article 115 du Code de procédure civile : « *La nullité est couverte par la régularisation ultérieure de l'acte si aucune forclusion n'est intervenue et si la régularisation ne laisse subsister aucun grief.* »

#### α) Principe : régularisation possible du vice

Le vice de forme ne doit pas avoir été régularisée, pour que celui auquel il cause préjudice, soit recevable à l'invoquer. Si, donc, l'acte vient à être réparé ultérieurement, la nullité ne peut plus être invoquée.

<sup>1</sup> Civ. 2, 20 octobre 2011, préc.

<sup>2</sup> Cf. *infra*.

<sup>3</sup> Civ. 2, 15 mars 1989, *B. II*, n° 72 ; *D.* 1989, *somm.* 275, obs. critiques P. Julien *Civ. 2*, 3 juin 1999, *B. II*, n° 107 ; Civ. 3, 12 octobre 2005, n° 04-18511, *B. III*, n° 194 ; *Procédures* 2005, n° 270, obs. R. Perrot ; *RTD civ.* 2006, 150, obs. R. Perrot : omission de joindre une copie de la requête à une assignation à jour fixe, en violation de l'article 789, alinéa 2, du Code de procédure civile (cf. *infra* : « Procédure devant le tribunal judiciaire ») ; Civ. 3, 10 décembre 2008, n° 08-10153, *B. III*, n° 205 ; Civ. 3, 27 janvier 2010, n° 08-12465, *B. III*, n° 24 ; Soc. 15 juin 2010, n° 09-40462, *B. V*, n° 137 ; Soc. 29 février 2012, n° 10-18442 ; Soc. 13 juin 2012 et Civ. 2, 23 mai 2013, préc. ; cf. ég. Civ. 2, 30 avril 2009, n° 08-16236, *B. II*, n° 110 ; *Procédures* 2009, n° 181, obs. R. Perrot : tentative émanant du pourvoi et non des juges du fond. Pour une discussion approfondie de cette jurisprudence, cf. Héron et le Bars, *Droit judiciaire privé*, n° 224.

<sup>4</sup> Com. 18 mars 1986, n° 84-12487, *B. IV*, n° 52 ; Civ. 1, 17 janvier 2008, n° 06-14380, *B. I*, n° 13 ; Soc. 29 septembre 2010, n° 09-40515, *B. V*, n° 202 ; Soc. 4 octobre 2011, n° 10-23677, *B. V*, n° 222 ; Civ. 2, 4 septembre 2014, n° 13-18487, *Procédures* n° 11, novembre 2014, *comm.* 290, note H. Croze.

<sup>5</sup> Ch. Mixte 7 juillet 2006, n° 03-20026, *B. mixte*, n° 6 ; *Procédures* 2006, n° 200, obs. R. Perrot ; *JCP* 2006, II, 10146, note E. Putman ; *ibid.*, I, 183, n° 12, obs. Y.-M. Serinet ; *Dr. et patr.* 2007, 118, obs. S. Amrani-Mekki ; *RTD civ.* 2006, 820, obs. R. Perrot. Cf. par ex. Civ. 2, 11 février 2010, préc. : théorie de l'inexistence vainement invoquée par le pourvoi à propos de la signification d'une copie d'un jugement non revêtue de la formule exécutoire. Cf. toutefois, semblant faire, depuis, allusion à la théorie de l'inexistence : Civ. 2, 2 juillet 2020, n° 19-14893 (P), arrêt selon lequel « la signification d'un acte selon les modalités de l'article 659 du code de procédure civile en un lieu autre que la dernière adresse connue ne vaut pas notification. ». Faut-il entendre par cette formule qu'aux yeux de la deuxième Chambre civile, la signification serait alors inexistante ? Sur la discussion et la critique du recours à la théorie de l'inexistence à propos de l'article 659 du Code de procédure civile : S. Jobert « La clarification du régime des significations irrégulières », *op. cit.*, II.

<sup>6</sup> G. Durry « Inexistence, nullité et annulabilité des actes juridiques en droit français », *Trav. Ass. H. Capitant*, T. XIV, Dalloz, 1965, 611 et suiv. ; *adde* : Malinvaud, Mekki et Seube, *Droit des obligations*, n° 421.

<sup>7</sup> Req. 30 mars 1902, *D.P.* 1903, I, 137, note E. Glasson ; *S.* 1903, I, 257, note A. Tissier ; *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 10ème éd., Dalloz, 1994, n° 12, obs. F. Terré et Y. Lequette (l'arrêt n'est pas reproduit dans les dernières éditions de cet ouvrage).

Ex. rectification d'une erreur qui s'était glissée dans l'indication du domicile du requérant.

### β) Conditions d'application du principe

Encore faut-il, précise le texte :

- qu'aucune forclusion ne soit intervenue entre-temps

Ex. déclaration d'appel désignant inexactement le domicile de l'appelant. La régularisation n'est efficace qu'à la condition d'être intervenue avant l'expiration du délai d'appel<sup>1</sup>, étant toutefois rappelé que, nonobstant le vice de procédure dont elle est infestée, la déclaration d'appel aura interrompu ce délai en application de l'article 2241 du Code civil, selon une jurisprudence contestée de la Cour de cassation<sup>2</sup>. Conformément aux dispositions de l'article 2242 du Code civil, cette interruption se prolonge jusqu'à la décision mettant fin à l'instance.

- et que la régularisation ne laisse subsister aucun grief, ce qu'il appartient aux juges du fond de rechercher<sup>3</sup>. On peut imaginer, en effet, des hypothèses où l'erreur commise par l'auteur de l'acte a été telle que la défense des intérêts de l'adversaire s'en est trouvée irrémédiablement compromise. En cas, il est normal que la régularisation ultérieure n'ait pas pour effet de couvrir la nullité.

## 2. Conditions de la nullité pour vice de fond

Elles sont énumérées aux articles 117 à 121 du Code de procédure civile. Il s'agit ici des nullités les plus graves et les plus énergiques, car on envisage l'acte de procédure en tant que manifestation de volonté en vue de produire des effets de droit, de *negotium*, et c'est justement cette manifestation de volonté qui est viciée.

En raison de la gravité du vice affectant l'acte, les nullités de fond échappent au principe « pas de nullité sans texte », ainsi qu'à l'exigence d'un grief causé à la partie adverse<sup>4</sup>. En effet, on le verra, elles sanctionnent le défaut de capacité ou de pouvoir dans l'accomplissement d'un acte de procédure. Au-delà de *l'instrumentum*, le *negotium*, l'acte de procédure en tant que manifestation de volonté, est donc vicié ; d'où la règle posée par l'article 119 du Code de procédure civile :

*« Les exceptions de nullité fondées sur l'inobservation des règles de fond relatives aux actes de procédure doivent être accueillies sans que celui qui les invoque ait à justifier d'un grief et alors même que la nullité ne résulterait d'aucune disposition expresse. »*

Deux conditions demeurent néanmoins requises, pour que l'irrégularité de fond affectant l'acte de procédure en entraîne la nullité : l'existence d'une cause de nullité et l'absence de régularisation du vice.

### a. Existence d'une cause de nullité

L'article 117 du Code de procédure civile dresse une liste des irrégularités susceptibles d'affecter la validité au fond des actes de procédure. Selon la jurisprudence, cette liste est limitative.

#### α) Cas de nullité pour irrégularité de fond prévus par la loi

Aux termes de l'article 117 :

<sup>1</sup> Civ. 2, 13 juillet 2005, préc. ; rapp. Civ. 2, 19 novembre 2008, n° 07-17358, B. II, n° 252.

<sup>2</sup> Civ. 2, 16 octobre 2014, n° 13-22088, B. II, n° 215 ; JCP 2014, Act. 1171, obs. critiques H. Croze ; *ibid.* 1271, note C. Auché ; *Procédures* 2014, comm. 312, note critique H. Croze ; JCP 2015, doctr. 424, n° 10, obs. critiques S. Amrani-Mekki ; Civ. 2, 1er juin 2017, n° 16-14300, B. II, n° 116 ; D. 2017, 1868, obs. E. de Leiris ; *Procédures* 2017, comm. 178, 1ère espèce, note H. Croze ; Civ. 2, 7 juin 2018, n° 17-16661, B. II, n° 116 ; JCP 25 juin 2018, Act. 729, note Ph. Gerbay ; JCP 2018, doctr. 1288, n° 10, obs. L. Mayer ; *RTD civ.* 2018, 962, obs. Ph. Théry ; J. Junillon « Conséquence de la loi réformant la prescription : une déclaration d'appel irrégulière peut-elle interrompre le délai d'appel ? », *Procédures* 2009, prat. 2. ; D. Mas « L'acte de saisine de la juridiction, le vice de procédure et la Cour de cassation – de l'interprétation de l'article 2241, alinéa 2, du Code civil » », JCP 30 octobre 2017, n° 44-45, 1117. Cf. *supra* : première partie « L'accès au juge », titre I « L'action en justice », chap. II « Régime de l'action en justice », section 2 « Exercice de l'action en justice », § 2 « Mise en œuvre de l'action en justice », A. « Les demandes en justice », 2. « Effets des demandes en justice », a. « Interruption de la prescription ou du délai préfix » ; *infra* : 2. « Conditions de la nullité pour vice de fond », b. « Absence de régularisation du vice ».

<sup>3</sup> Civ. 2, 13 juin 1990, B. II, n° 131.

<sup>4</sup> Civ. 2, 18 octobre 2018, n° 17-19249 (P) ; BICC n° 897, 1er mars 2019, n° 230 ; *Gaz. Pal.* 29 janvier 2019, p. 63, obs. L. Mayer.

« Constituent des irrégularités de fond affectant la validité de l'acte :  
« Le défaut de capacité d'ester en justice<sup>1</sup> ;  
« Le défaut de pouvoir d'une partie ou d'une personne figurant au procès comme  
représentant soit d'une personne morale<sup>2</sup>, soit d'une personne atteinte d'une incapacité  
d'exercice ;  
« Le défaut de capacité ou de pouvoir d'une personne assurant la représentation d'une  
partie en justice. »

Le dernier alinéa de l'article 117 vise les auxiliaires de justice et, au premier chef d'entre eux, les avocats, investis par leurs clients d'un mandat *ad litem*.

C'est ainsi qu'en matière de procédure avec représentation obligatoire, constitue une irrégularité de fond, en application de l'article 117, dernier alinéa, la mention, dans l'assignation devant un tribunal judiciaire, de la constitution d'un avocat qui n'a pas le pouvoir de représenter la partie devant ce tribunal, faute d'être inscrit au barreau rattaché à ce tribunal<sup>3</sup> ou du moins, s'il est aussi chargé d'assurer la plaidoirie, d'avoir sa résidence professionnelle établie dans le ressort de la cour d'appel dont le tribunal judiciaire dépend<sup>4</sup>. Il en va différemment, en revanche, dans les matières sans représentation obligatoire, où les parties ne sont, de toute façon, pas tenues de constituer avocat : la mention erronée de la constitution d'un avocat n'exerçant pas dans le ressort de la juridiction saisie ne constitue alors pas une irrégularité de fond<sup>5</sup>.

#### β) Caractère limitatif de la liste légale des irrégularités de fond

De prime abord, on pourrait penser que la liste de l'article 117 n'est qu'énonciative, puisque l'article 119 admet expressément qu'une nullité de fond puisse ne résulter d'aucune disposition expresse. Néanmoins l'argument de texte tiré de l'article 119 n'est pas décisif. Sans doute, en effet, cette disposition se borne-t-elle à signifier que lorsqu'une irrégularité de l'acte entre dans la liste de l'article 117, elle entraîne toujours la nullité de l'acte, que le législateur l'ait ou non prévu<sup>6</sup>.

Dans un arrêt de Chambre mixte du 7 juillet 2006, la Cour de cassation a attribué un caractère limitatif à la liste des irrégularités de fond affectant la validité de l'acte<sup>7</sup>. Elle a, depuis lors, réaffirmé cette solution à plusieurs reprises<sup>8</sup>. L'acte de procédure ne saurait donc encourir la nullité pour irrégularité de fond, dès lors que le vice, quelle qu'en soit la gravité, n'est pas de ceux mentionnés par l'article 117.

Ex. locataire d'un bail commercial signifiant par huissier un congé au lieu d'une demande de renouvellement du

<sup>1</sup> Civ. 2, 18 octobre 2018, n° 17-19249, préc. : assignation au nom d'une personne décédée. Cf. cpdt. les obs. critiques précitées de Mme Mayer, estimant que la qualification de vice de forme aurait été mieux appropriée.

<sup>2</sup> Cf. par ex. Com. 10 février 1998, n° 95-20924, B. IV, n° 62.

<sup>3</sup> Civ. 2, 9 janvier 1991, B. II, n° 13 ; Civ. 2, 8 septembre 2011, n° 10-18342 ; dans le même sens, pour une déclaration de créance au passif d'un débiteur soumis à une procédure collective, déclaration équivalant, selon une jurisprudence constante (Ass. plén. 26 janvier 2001, B. Ass. plén., n° 1 ; Ass. plén. 4 février 2011, B. Ass. plén., n° 2), à une demande en justice : Civ. 2, 5 mai 2011, n° 10-14066, B. II, n° 105 ; D. 2011, 1357 ; RTD civ. 2011, 585, obs. Ph. Théry ; Procédures 2011, n° 223, obs. R. Perrot ; RD banc. fin. 2011, n° 144, note A. Piedelièvre ; pour une déclaration d'appel émanant d'un avocat ne pouvant postuler devant la cour d'appel saisie : Civ. 2, 16 octobre 2014, n° 13-22088, B. II, n° 215 ; JCP 2014, Act. 1171, obs. critiques H. Croze ; Procédures 2014, comm. 312, H. Croze ; JCP 2015, doctr. 424, n° 10, obs. critiques S. Amrani-Mekki.

<sup>4</sup> Article 5, alinéa 2, de la loi du 31 décembre 1971 sur la profession d'avocat, rédaction issue de la loi Macron n° 2015-990 du 6 août 2015. Par exemple, un avocat inscrit au barreau rattaché au tribunal judiciaire de Laon (Aisne) peut, s'il est en même temps chargé d'assurer la plaidoirie, se constituer au nom d'une partie devant le tribunal judiciaire de Beauvais (Oise). En effet, sa résidence professionnelle est établie dans le ressort territorial de la cour d'appel d'Amiens (Somme), dont tant le tribunal judiciaire de Laon, que celui de Beauvais, dépendent. En revanche, s'il se borne à représenter une partie, sans avoir la qualité d'avocat plaident, cet avocat au barreau de Saint Quentin ne peut se constituer au nom de ladite partie devant le tribunal judiciaire de Beauvais. Cf. par ex. O. Dufour « Postulation : ce qui a changé durant l'été », Gaz. Pal. 30 août 2016, p. 5.

<sup>5</sup> Civ. 3, 29 novembre 2006, B. III, n° 238.

<sup>6</sup> Héron et Le Bars, *op. cit.*, n° 224. Par exemple, le défaut de pouvoir du représentant d'une personne morale entraîne, d'une manière générale, la nullité de l'acte de procédure, quel que soit le représentant et la personne morale concernés.

<sup>7</sup> Ch. Mixte 7 juillet 2006, préc. Cf., antérieurement, dans le même sens : Civ. 2, 15 mars 1989, préc. ; Civ. 2, 3 juin 1999, n° 97-14159, B. II, n° 107 ; Com. 14 octobre 2000, B. IV, n° 176 ; Civ. 3, 12 octobre 2005, préc.

<sup>8</sup> Civ. 3, 24 octobre 2007, n° 06-19379, B. III, n° 184 ; Civ. 1, 17 janvier 2008, préc. ; Soc. 16 avril 2008, B. V, n° 91 ; Soc. 24 février 2009, B. V, n° 49 ; Civ. 3, 30 septembre 2009, n° 08-13756, B. III, n° 205 ; Civ. 3, 27 janvier 2010, n° 08-12465, B. III, n° 24 ; Civ. 2, 5 juin 2014, n° 13-13765, B. II, n° 129 ; D. 2014, Chr. C. Cass., 1722, n° 5, obs. Th. Vasseur, E. de Leiris et H. Adida-Canac ; RTD civ. 2014, 943, obs. critiques Ph. Théry ; Civ. 2, 4 septembre 2014, préc. ; Civ. 2, 25 septembre 2014, n° 13-21017, Procédures n° 12, décembre 2014, comm. 317, note H. Croze ; Com. 15 novembre 2017, n° 16-20168 ; Civ. 2, 3 avis, 20 décembre 2017, n° 17-70034, n° 17-70035 et n° 17-70036, B. II, n° 12 ; D. 2018, 692, obs. N. Fricero ; *ibid.*, 757, obs. E. de Leiris ; JCP 2018, 173, note Ph. Gerbay ; Procédures 2018, comm. 69, H. Croze ; AJ fam. 2018, 142, obs. M. Jean (solution impl.).



Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Panthéon-Assas  
Licence droit 3ème année Melun 2023-2024

bail<sup>1</sup>.

Ex. impossibilité d'identifier l'appelant dans la lettre par laquelle un avocat relevait appel d'un jugement fixant une indemnité d'expropriation, au nom de son client<sup>2</sup>.

Ex. lettre relevant appel d'un jugement de conseil de Prud'hommes non signée par l'avocat<sup>3</sup>.

Soulignant qu'il existe des hypothèses, dans lesquelles l'irrégularité peut être qualifiée d'irrégularité de fond suffisamment grave, pour tomber sous le couperet de l'article 117, une partie de la doctrine<sup>4</sup> critique cette jurisprudence. Elle cite, à l'appui de sa démonstration, des arrêts dissidents de la Cour de cassation, qui ont écarté le caractère limitatif des cas de nullité figurant à l'article 117. Certains de ces arrêts ne sont pas décisifs<sup>5</sup>, car ils ont été rendus antérieurement à l'arrêt de Chambre mixte du 7 juillet 2006, intervenu précisément pour mettre fin aux divergences entre différentes chambres de la Cour de cassation. Mais d'autres arrêts, rendus depuis lors<sup>6</sup>, ont paru analyser en des irrégularités de fond, affectant la validité de l'acte de procédure, des vices qui ne se rattachent pas à la liste de l'article 117. La jurisprudence actuelle de la Cour de cassation demeure donc relativement incertaine.

De leur côté, des juridictions du fond ont tenté vainement d'échapper à la rigueur de la jurisprudence de la Cour de cassation, en recourant à la théorie de l'inexistence. Pour ces juridictions, en effet, à défaut de figurer parmi les cas légaux de nullité, certaines irrégularités de fond seraient d'une telle gravité, qu'ils entacheraient l'acte d'inexistence, sinon de nullité. Mais, d'une manière générale, on l'a vu, la Cour de cassation désavoue l'emploi de la théorie de l'inexistence pour tourner le régime juridique des actes de procédure<sup>7</sup> et, en particulier, elle interdit aux juges du fond d'y avoir recours à dessein d'élargir indirectement les cas légaux d'ouverture à nullité pour irrégularité de fond<sup>8</sup>.

b. Absence de régularisation du vice

Aux termes de l'article 121 du Code de procédure civile : « *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.* » De même que la nullité pour vice de forme, la nullité pour vice de fond ne doit donc pas avoir été couverte, car, dans cette hypothèse, la nullité ne pourra pas être prononcée par le juge<sup>9</sup>. Encore faut-il, comme l'indique le texte lui-même, que la nullité soit susceptible d'être couverte<sup>10</sup>.

<sup>1</sup> Civ. 3, 30 septembre 2009, préc. ; Civ. 3, 5 juin 2013, n° 12-12065, B. III, n° 73.

<sup>2</sup> Civ. 3, 27 janvier 2010, B. III, n° 24.

<sup>3</sup> Soc. 2 décembre 2008, B. V, n° 237.

<sup>4</sup> Héron et le Bars, *op. cit.*, n° 224-225.

<sup>5</sup> Civ. 2, 20 mai 1976, B. II, n° 168 ; D. 1977, J. 125, note G. Cornu ; *RTD civ.* 1976, 618, obs. R. Perrot : nullité d'ordre public de l'acte signifié par un huissier en dehors de son ressort territorial.

<sup>6</sup> Civ. 1, 31 mai 2007, n° 06-12173, B. I, n° 214 ; *JCP* 2007, I, 200, n° 16, obs. Y.-M. Serinet ; *Rev. huissiers* 2008, 22, obs. E. Putman : nullité de fond de l'acte accompli par un huissier ayant instrumenté pour un membre de sa famille, en violation de l'article 1er bis A de l'ordonnance du 2 novembre 1945 portant statut des huissiers, vice qui s'apparente néanmoins au défaut de capacité visé par l'article 117 ; mais *contra*, plus récemment : Civ. 2, 5 juin 2014, préc., énonçant, dans un *obiter dictum*, que l'incompétence territoriale de l'huissier, qui n'entre pas dans la liste limitative des nullités de fond de l'article 117 du Code de procédure civile, est une irrégularité de forme (*cf.* Théry, obs. préc. *RTD civ.* 2014, 943) ; rapp. Civ. 1, 1er juin 2016, n° 15-11417, B. I, n° 126 : nullité pour irrégularité de fond d'une assignation en référé, signifiée par un huissier au nom d'une Chambre régionale des huissiers, au mépris des principes d'impartialité et d'indépendance s'imposant à un huissier instrumentaire, dès lors qu'il apparaissait avoir indirectement intérêt au succès de l'action engagée ; Civ. 1, 8 novembre 2017, n° 16-21751 : nullité d'ordre public des opérations de saisie-contrefaçon effectuées par un huissier en violation des limites fixées par l'ordonnance les ayant autorisées ; Civ. 3, 4 février 2009, n° 08-10723, B. III, n° 29 ; D. 2009, 2657, note J. Beauchard ; *Dr. et proc.* 2009, 211, obs. N. Poisson : nullité de fond d'ordre public affectant des conclusions destinées à suppléer au défaut de notification obligatoire d'un mémoire après expertise devant le juge des loyers commerciaux ; Civ. 1, 9 avril 2015, n° 14-11853, B. I, n° 83 ; Civ. 2, 3 septembre 2015, n° 14-18287, B. II, n° 193 ; D. 2016, *Chr. C. Cass.* 736, obs. H. Adida-Canac, Th. Vasseur et E. de Leyris : encourt la nullité sans qu'il soit besoin de rechercher si l'irrégularité a causé un préjudice à la partie adverse et, partant, n'a pu faire courir le délai d'appel, la notification d'une décision du juge de l'exécution par le greffé, alors que l'article R. 311-17 du Code des procédures civiles d'exécution en imposait la signification par huissier.

<sup>7</sup> Ch. Mixte 7 juillet 2006, préc.

<sup>8</sup> Civ. 3, 30 septembre 2009, préc. ; *adde* : Civ. 2, 9 juillet 2009, B. II, n° 186 (motifs).

<sup>9</sup> Civ. 2, 25 mars 2010, B. II, n° 70, pour un défaut de pouvoir ; Civ. 3, 9 juillet 2014, n° 13-16655, B. III, n° 100, pour un congé signifié au preneur, en application de l'article L. 145-9 du Code de commerce, par une société qui n'était plus propriétaire du bien donné à bail ; Civ. 3, 5 novembre 2014, n° 13-21014 13-21329 13-22192 13-22383 13-23624 13-25099, B. III, n° 136, pour une incapacité d'ester en justice ; Civ. 2, 12 avril 2018, n° 17-15355, pour une incapacité d'ester en justice.

<sup>10</sup> Notamment, l'inexistence de la personne morale qui agit en justice, contrairement à son incapacité d'agir, n'est pas une irrégularité susceptible d'être couverte : Com. 7 décembre 1993, B. IV, n° 62 ; *JCP* 1994, II, 22285, note E. Putman ; *Bull. Joly* 1994, 282, note J. Mestre ; *Dr. sociétés* 1994, n° 23, note Th. Bonneau ; Civ. 2, 26 mars 1997, B. II, n° 96 ; Com. 30 novembre 1999, B. IV, n° 218 ;

La régularisation peut intervenir jusqu'au jugement<sup>1</sup>. Bien que, contrairement à l'article 115 du Code de procédure civile gouvernant la régularisation d'une nullité pour vice de forme, l'article 121 ne le précise pas, la jurisprudence subordonne l'efficacité de la régularisation pour vice de fond également à la condition qu'aucune forclusion ne soit intervenue dans l'intervalle<sup>2</sup>. Il n'existe, de fait, aucune raison convaincante d'écarter cette condition au sujet de la régularisation d'une nullité pour vice de fond, et de l'imposer uniquement pour la régularisation d'une nullité pour vice de forme<sup>3</sup>.

Ex. représentant d'autrui, par exemple syndic de copropriété, ayant introduit l'instance sans avoir reçu l'habilitation nécessaire à cet effet (en l'occurrence une délibération d'assemblée générale des copropriétaires) et, partant, dépourvu de pouvoir pour agir au nom du syndicat des copropriétaires, d'où la nullité pour irrégularité de fond de l'assignation<sup>4</sup>, mais qui obtient cette habilitation en cours d'instance, régularisant ainsi l'acte.

Néanmoins, la demande en justice interrompt les délais de prescription comme les délais préfix, malgré le vice de procédure dont elle est infestée, selon l'article 2241, alinéa 2, du Code civil. Lorsque l'acte de procédure affecté d'une nullité de fond ou de forme consiste en une telle demande, il interrompt donc le délai de forclusion auquel celle-ci pouvait être soumise. Dès lors, on l'a vu<sup>5</sup>, selon la Cour de cassation, sa régularisation peut intervenir efficacement même si le délai qui avait couru initialement est expiré<sup>6</sup>, pourvu qu'elle intervienne à l'intérieur du nouveau délai ayant commencé à courir à compter de l'interruption.

## B. Régime procédural de la nullité

Elle est invoquée au moyen de l'exception de nullité<sup>7</sup>. On examinera les personnes pouvant invoquer la nullité, le moment auquel l'exception de nullité peut être soulevée et le juge compétent pour statuer sur l'exception de nullité.

### 1. Personnes pouvant invoquer la nullité

Ce ne sont pas les mêmes selon que la nullité de l'acte est encourue pour vice de forme ou pour vice de fond.

#### a. Personnes pouvant invoquer l'exception de nullité pour vice de forme

Cette nullité a un caractère d'intérêt privé, puisqu'elle ne peut être prononcée qu'à charge d'établir un grief. Elle ne peut donc être invoquée que par la partie intéressée<sup>8</sup>, c'est-à-dire le destinataire de l'acte<sup>9</sup>, auquel l'irrégularité de forme est susceptible de causer un préjudice. Le juge ne saurait donc la soulever d'office<sup>10</sup> et l'adversaire à l'origine de la cause de nullité ne peut non plus s'en prévaloir.

#### b. Personnes pouvant invoquer l'exception de nullité pour vice de fond

Leur gravité justifie que les personnes recevables à s'en prévaloir soient plus nombreuses que pour les nullités découlant d'un vice de forme. D'une part, en effet, les nullités pour irrégularité de fond peuvent être, semble-t-il, invoquées par toute partie y ayant intérêt. D'autre part, le juge, aux termes de l'article 120 du Code de procédure civile :

*D.* 2000, *AJ* 37, obs. M. B. et 627, note E. Lamazerolles ; *Dr. sociétés* 2000, n° 23, note Th. Bonneau ; *Procédures* 2000, n° 101, note H. Croze ; *Bull. Joly* 2000, 331 ; *RTD com.* 2000, 368, obs. Cl. Champaud et G. Danet ; *Rev. soc.* 2000, 512, note M. Beaubrun ; *Com.* 6 mai 2003, *Dr. sociétés* 2003, *Comm.* 203, note F.-G. Trébulle ; *Civ. 2*, 11 septembre 2003, *B. II*, n° 253 ; *Bull. Joly* 2004, 263, note B. Saintourens ; *Civ. 3*, 15 décembre 2004, *B. III*, n° 238 ; *Civ. 2*, 4 mars 2021, n° 19-22829 (P).

<sup>1</sup> *Civ. 2*, 25 mars 2010, préc.

<sup>2</sup> *Com.* 14 décembre 1999, n° 97-15361, *B. IV*, n° 228.

<sup>3</sup> Héron et Le Bars, *op. cit.*, n° 221.

<sup>4</sup> *Civ. 3*, 11 mai 2000, *B. III*, n° 103 ; *Civ. 3*, 26 avril 2006, *B. III*, n° 104.

<sup>5</sup> *Cf. supra* : 1. « Conditions de la nullité pour vice de forme », c. « Absence de régularisation du vice », β) « Conditions d'application du principe ».

<sup>6</sup> *Civ. 2*, 1er juin 2017, n° 16-14300, *B. II*, n° 116 ; *D.* 2017, 1868, obs. E. de Leiris : une déclaration d'appel affectée d'une nullité de fond peut être régularisée même après l'expiration du délai initial d'appel auquel elle était soumise, car elle a interrompu ce délai ; *Civ. 2*, 7 juin 2018, n° 17-16661, *B. II*, n° 116 ; *JCP* 25 juin 2018, *Act.* 729, note Ph. Gerbay : *idem*, pour une déclaration d'appel entachée d'un vice de forme. *Cf. déjà*, pour l'interruption d'un délai de prescription : *Civ. 2*, 21 avril 2005, n° 02-20183, *B. II*, n° 114 ; *RTD civ.* 2005, 631, obs. R. Perrot.

<sup>7</sup> *Cf. supra*.

<sup>8</sup> *Soc.* 25 mai 1977, n° 77-60015, *B. V*, n° 348 ; *Civ. 2*, 21 juillet 1986, n° 84-16110, *B. II*, n° 132.

<sup>9</sup> *Civ. 2*, 1er septembre 2016, n° 15-16918, *B. II*, n° 196 ; *D.* 2016, 1759 ; *Gaz. Pal.* 29 novembre 2016, p. 69, obs. C. Bléry.

<sup>10</sup> *Soc.* 25 mai 1977 et *Civ. 2*, 21 juillet 1986, préc.

- doit les soulever d'office lorsqu'elles ont un caractère d'ordre public<sup>1</sup> ;
- peut relever d'office la nullité pour défaut de capacité d'ester en justice, cette nullité n'ayant pas, faut-il le préciser, un caractère d'ordre public.

## 2. Moment auquel l'exception de nullité peut être soulevée

Là encore, il convient de distinguer entre nullités de forme et nullités de fond.

### a. Moment auquel l'exception de nullité pour vice de forme peut être invoquée

Les règles sont inspirées par le souci d'éviter des manœuvres dilatoires.

#### α) Invocation de l'exception de nullité pour vice de forme avant toute défense au fond ou fin de non-recevoir

Selon l'article 112 du Code de procédure civile :

*« La nullité des actes de procédure peut être invoquée au fur et à mesure de leur accomplissement ; mais elle est couverte si celui qui l'invoque a, postérieurement à l'acte critiqué, fait valoir des défenses au fond ou opposé une fin de non-recevoir sans soulever la nullité. »*

La nullité peut donc être invoquée au moment de l'accomplissement de l'acte. Il faut en tous cas intervenir rapidement pour que cette exception puisse prospérer, avant de faire valoir ses défenses au fond ou ses fins de non recevoir. Sinon, la nullité de l'acte pour vice de forme est couverte<sup>2</sup>.

#### β) Invocation simultanée de toutes les exceptions de nullité pour vice de forme

Aux termes de l'article 113 du Code de procédure civile : *« Tous les moyens de nullité contre des actes de procédure déjà faits doivent être invoqués simultanément à peine d'irrecevabilité de ceux qui ne l'auraient pas été. »* Si on dispose de plusieurs moyens de nullité, il faut donc les invoquer en même temps.

### b. Moment auquel l'exception de nullité pour vice de fond peut être invoquée

Le régime est différent de celui de la nullité de forme et se rapproche de celui des fins de non-recevoir. En effet, selon l'article 118 du Code de procédure civile :

*« Les exceptions de nullité fondées sur l'inobservation des règles de fond relatives aux actes de procédure peuvent être proposées en tout état de cause, à moins qu'il en soit disposé autrement et sauf la possibilité pour le juge de condamner à des dommages-intérêts ceux qui se seraient abstenus, dans une intention dilatoire, de les soulever plus tôt. »*

Selon la Cour de cassation<sup>3</sup>, l'exception de nullité pour irrégularité de fond échappe non seulement à l'exigence d'antériorité, mais encore à celle de simultanéité, que l'article 74 du Code de procédure civile énonce. Cette exception peut donc être soulevée postérieurement à l'invocation d'une défense au fond, d'une fin de non-recevoir ou même d'une autre exception de procédure.

La recevabilité en tout état de cause de l'exception tirée de la nullité pour vice de fond d'un acte de procédure se justifie, là encore, par la gravité du vice l'affectant. L'existence d'un vice de fond atteint en effet l'acte de procédure, on l'a dit, dans sa fonction de *negotium*, et pas seulement dans celle d'*instrumentum*.

<sup>1</sup> Civ. 1, 29 septembre 2007, n° 06-17408, B. I, n° 274 ; D. 2007, AJ 2542 ; JCP 2008, I, 138, n° 9, obs. S. Amrani-Mekki : l'irrégularité de fond tenant au défaut de pouvoir de l'avocat d'agir en justice, ne revêt pas un caractère d'ordre public, de sorte que le juge ne peut la soulever d'office et qu'elle ne peut profiter qu'à la partie qui l'invoque ; Civ. 3, 9 avril 2008, n° 07-13236, B. III, n° 67 ; D. 2008, pan.2696, obs. Ch. Atias et P. Capoulade ; JCP 2008, II, 10146, note M. Roux ; Rev. loyers 2008, 339, note A. Guégan ; Loyers et copr. 2008, n° 138, note G. Vigneron : le défaut d'habilitation du syndic en vue d'agir en justice pour le compte du syndicat des copropriétaires constitue un défaut de pouvoir sanctionné par une nullité de fond qui ne profite qu'à celui qui l'invoque et non une fin de non-recevoir que le juge peut relever d'office.

<sup>2</sup> Civ. 2, 16 mars 2017, n° 15-18805, B. II, n° 58.

<sup>3</sup> Civ. 2, 9 juin 2022, n° 19-20592 (B) ; Gaz. Pal. 25 octobre 2022, p. 43, obs. N. Hoffschir.

### 3. Juge « compétent » pour statuer sur l'exception de nullité

Jadis seul le tribunal pouvait se prononcer sur la nullité d'un acte de procédure. En effet, les répercussions sur le fond de l'annulation d'un tel acte peuvent être graves. Aussi considérait-on qu'il appartenait au tribunal statuant collégalement de se prononcer. Mais le décret du 13 octobre 1965, qui a institué le juge de la mise en état devant le tribunal de grande instance, lui donna « compétence » pour statuer sur l'exception de nullité, comme, du reste, sur les autres exceptions de procédure. L'actuel Code de procédure civile actuel a, tout naturellement, repris cette solution (article 789, 1°, du Code de procédure civile)<sup>1</sup>. Cette « compétence » du juge de la mise en état dans la procédure applicable devant le tribunal judiciaire est exclusive, selon le texte.

En principe, selon l'article 795 du Code de procédure civile, les ordonnances du juge de la mise en état ne sont susceptibles d'appel ou, suivant les cas, de pourvoi en cassation qu'avec le jugement sur le fond. Mais il en va autrement, pour l'appel, dans un certain nombre de cas énumérés par le texte, où le législateur a voulu permettre aux plaideurs de relever appel immédiatement, à la condition de le faire dans les quinze jours de la signification de l'ordonnance. C'est le cas lorsque le juge de la mise en état statue sur une exception de procédure (article 795, 2°).

## C. Effets de la nullité

La nullité d'un acte de procédure doit être envisagée au double point de vue de l'acte lui-même et de l'auxiliaire de justice responsable de l'irrégularité commise.

### 1. Effets à l'égard de l'acte

Une fois la nullité prononcée, l'acte est censé n'avoir jamais existé. Les effets normalement attachés à cet acte sont réputés de s'être jamais produits : *quod nullum est, nullum effectum producit*.

Ex. si l'assignation est nulle, le lien juridique d'instance est réputé ne s'être jamais formé et les intérêts moratoires sont censés n'avoir jamais couru (article 1344-1 du Code civil).

#### a. Actes subséquents

La nullité a normalement des effets restreints à l'acte de procédure attaqué. La solution ne souffre aucune discussion concernant les actes chronologiquement antérieurs à l'acte annulé : ils demeurent bien entendu valables. En revanche, les actes postérieurs, accomplis sur le fondement de l'acte annulé, peuvent perdre toute leur efficacité par voie de conséquence. La nullité s'étend ainsi aux actes dits subséquents<sup>2</sup>. On dit alors que la procédure est « reprise sur ses derniers errements ».

Ex. si l'assignation est nulle, la constitution d'avocat par le défendeur, le placet, etc... peuvent l'être aussi, par voie de conséquence<sup>3</sup>.

#### b. Répercussion de la nullité de l'acte sur le fond du droit

En règle générale, l'annulation d'un acte de procédure ne compromet pas le fond du droit : il suffit de renouveler cet acte et tous les actes subséquents qui ont été annulés par voie de conséquence. Depuis l'entrée en vigueur de la réforme de la prescription, et contrairement à la solution retenue dans le droit antérieur, un tel acte conserve même son effet interruptif de prescription lorsqu'il est le support d'une demande en justice (article 2241, alinéa 2, du Code civil).

L'article 2241 parle d'un acte annulé pour « *vice de procédure* », et non d'un acte annulé pour « *vice de forme* ». L'expression apparaît donc suffisamment compréhensive pour englober les vices de fond et les vices de forme. Or l'interprète n'a pas à distinguer là où le législateur n'en a rien fait. L'effet interruptif de l'acte joue ainsi dans tous les cas, que la nullité soit prononcée pour irrégularité de forme ou pour irrégularité de fond<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Ancien article 771, 1°, du Code de procédure civile ; Civ. 2, 10 novembre 2010, préc.

<sup>2</sup> Civ. 2, 21 décembre 1961, n° 58-12417, B. II, n° 911.

<sup>3</sup> Civ. 2, 21 décembre 1961, préc.

<sup>4</sup> Cf. *supra* : « La demande en justice ».

## 2. Effets à l'égard de l'auxiliaire de justice à l'origine de l'irrégularité commise

L'auxiliaire de justice peut engager sa responsabilité civile et avoir à supporter les frais afférents à l'acte nul.

### a. Responsabilité civile de l'auxiliaire de justice

On applique les règles de la responsabilité civile du fait personnel, contractuelle ou délictuelle selon les cas. Une faute de l'auxiliaire de justice est donc nécessaire, pour qu'il soit obligé à réparation. Cette faute doit, en outre, avoir causé un préjudice au plaideur. Lorsque ce dernier, en raison de l'annulation de l'acte de procédure, est dans l'impossibilité de poursuivre voire de recommencer son procès, ce préjudice réside dans la perte d'une chance de gagner celui-ci.

D'une manière générale, si elle apparaît sérieuse<sup>1</sup>, la perte d'une chance constitue en elle-même, selon la jurisprudence<sup>2</sup>, un préjudice réparable, une valeur patrimoniale susceptible d'évaluation. En l'occurrence, le caractère réel et sérieux de la chance s'appréciera au regard de la probabilité de succès de l'action en justice. Le juge devra donc, en quelque sorte, « refaire le procès »<sup>3</sup>.

### b. Frais afférents aux actes nuls

Ils seront supportés par l'auxiliaire de justice fautif. Deux articles le prévoient, l'un spécifique aux huissiers de justice, l'autre, plus général, visant tous les auxiliaires de justice.

Selon l'article 650 du Code de procédure civile, tout d'abord :

*« Les frais afférents aux actes inutiles sont à la charge des huissiers qui les ont faits, sans préjudice de dommages-intérêts qui seraient réclamés. Il en est de même des frais afférents aux actes nuls par l'effet de leur faute. »*

Dès lors qu'il est établi que la nullité d'un acte de procédure a été encourue par la faute de l'huissier instrumentaire, celui-ci en supportera donc les frais.

Aux termes de l'article 698 du Code de procédure civile, ensuite :

*« Les dépens afférents aux instances, actes et procédures d'exécution injustifiés sont à la charge des auxiliaires de justice qui les ont faits, sans préjudice des dommages-intérêts qui seraient réclamés. Il en est de même des dépens afférents aux instances, actes et procédures d'exécution nuls par l'effet de leur faute. »*

D'une manière générale, par conséquent, les frais des actes de procédure nuls demeurent à la charge des auxiliaires de justice, avocats notamment, qui les ont faits, à la condition, là encore, que l'annulation soit imputable à leur faute.

## Section 2 : Les délais de procédure

- Notion de délai de procédure : pas davantage que celle d'acte de procédure, la notion de délai de procédure n'est clairement délimitée. On s'entend à considérer que le délai de procédure est un laps de temps au cours duquel un acte doit être accompli ou au contraire ne saurait être accompli régulièrement.
- Textes applicables : les articles 640 à 647 du Code de procédure civile énoncent les règles générales applicables à tous les délais de procédure, sans préjudice des règles particulières gouvernant les différents délais et qu'on évoquera à propos de ceux dont on traitera ultérieurement.

<sup>1</sup> Civ. 1, 21 novembre 2006, B. I, n° 498 ; D. 2006, I.R. 3013 ; J.C.P. 2007, II, 1081, note Ferrière et I, 115, n° 2, obs. Ph. Stoffel-Munck ; R.D.C. 2007, 266, obs. D. Mazeaud ; Civ. 1, 4 juin 2007, B. I, n° 217 ; D. 2007, A.J. 1784 ; J.C.P. 2007, I, 182, n° 2, obs. Ph. Stoffel-Munck : « seule constitue une perte de chance réparable, la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable ».

<sup>2</sup> Civ. 2, 9 juillet 1954, B. II, n° 257 ; D. 1954, J. 627 ; Com. 14 octobre 1965, B. III, n° 501 ; Civ. 2, 15 mai 1992, B. II, n° 143 ; Civ. 1, 18 mars 1969, B. I, n° 117 ; J.C.P. 1970, II, 16422, note A. Rabut ; Civ. 1, 27 janvier 1970, B. I, n° 37 ; J.C.P. 1970, II, 16422, note A. Rabut.

<sup>3</sup> Cf., pour la responsabilité d'un avocat : Civ. 1, 31 janvier 2008, B. I, n° 31 ; D. 2008, J. 1448, note A. Aynès ; Civ. 1, 2 avril 2009, B. I, n° 72 ; D. 2009, A.J. 1142 ; pour celle d'un avocat à la Cour de cassation et au Conseil d'État : Civ. 1, 10 juillet 2014, n° 13-50061 ; Civ. 1, 20 février 2019, n° 17-50056 (P).

## § 1 Variétés de délais de procédure

Si on tente de cerner quelles sont les différentes sortes de délais possibles, on distingue les délais selon le but qui leur est assigné et selon l'autorité qui les fixe.

### A. Distinction des délais selon leur but

Les délais de répit s'opposent aux délais visant à stimuler le zèle des plaideurs.

#### 1. Délais de répit

En effet, il existe des délais de réflexion ou d'attente avant l'accomplissement d'un acte. Ces délais d'attente permettent d'assurer la protection des droits de la défense en évitant toute précipitation. Par exemple, on offre au défendeur assigné devant le tribunal judiciaire, un délai de quinze jours pour constituer avocat (article 763 du Code de procédure civile)<sup>1</sup>. Ce délai va offrir un laps de temps au défendeur pour organiser sa défense en toute sérénité puisque pendant ce délai, on interdit au demandeur de poursuivre la procédure.

#### 2. Délais visant à stimuler le zèle des plaideurs

A l'inverse, il y a des délais qui au contraire visent à accélérer l'accomplissement d'un acte, le plus souvent dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice. C'est ainsi par exemple qu'on fixe un délai pour l'exercice d'une voie de recours.

La distinction entre ces deux types de délais a des conséquences importantes. En effet, alors que les seconds, qu'on appelle parfois pour cette raison des délais de rigueur, sont sanctionnés par la déchéance, les seconds sont sanctionnés moins brutalement : tout au plus, le plaideur qui ne les observe pas se trouve-t-il exposé à un risque contre lequel il était protégé. Par exemple, si le défendeur ne constitue pas avocat dans un délai de quinze jours, il est exposé au risque de voir prendre contre lui un jugement par défaut. En revanche, rien ne lui interdit de constituer avocat plus tard.

### B. Distinction des délais selon l'autorité qui les fixe

Les délais légaux s'opposent aux délais judiciaires.

#### 1. Délais légaux

Pendant longtemps, la fixation des délais de procédure a été considérée comme une prérogative du législateur. Dans la perspective accusatoire, qui est traditionnellement celle de la procédure civile française, on admettait mal que le juge eût le pouvoir de fixer lui-même des délais. Aujourd'hui encore, bon nombre de délais sont impartis et déterminés par le législateur. Celui-ci s'est efforcé d'uniformiser leur durée : ainsi les délais de quinze jours ou d'un mois sont-ils assez fréquents.

#### 2. Délais judiciaires

Cette conception legaliste des délais a décliné en même temps que le caractère accusatoire de la procédure dont elle était le corollaire. Désormais il existe des délais judiciaires, c'est à dire des délais fixés par le juge au cours de l'instance et qu'il impartit soit aux plaideurs ou leurs représentants pour l'accomplissement de certaines diligences, soit même à des tiers. Par exemple, devant le tribunal de judiciaire, le juge de la mise en l'état fixe aux avocats des délais pour déposer leurs conclusions et à l'expert qu'il a éventuellement désigné, une date pour le dépôt de son rapport<sup>2</sup>.

## § 2 Computation des délais de procédure

<sup>1</sup> Cf. *infra* : « Procédure devant le tribunal judiciaire ».

<sup>2</sup> Cf. *infra* : « Procédure devant le tribunal judiciaire ».

On examinera successivement les modes de computation des délais, puis le point de départ et le point d'échéance du délai.

#### A. Modes de computation des délais

Il existe différents modes de computation, car les délais peuvent être fixés en heures, en jours, en mois ou en années.

##### 1. Délais fixés en heures

Ils sont extrêmement rares. On peut néanmoins citer, à titre d'exemple, le délai pour comparaître dans l'assignation en référé d'heure à heure (article 485 du Code de procédure civile)<sup>1</sup>. Ces délais sont alors calculés d'heure à heure (*de hora ad horam*).

##### 2. Délais fixés en jours

Ils sont beaucoup plus fréquents.

Ex. délai de quinze jours à compter de l'assignation, pour constituer avocat devant le tribunal judiciaire (article 763 du Code de procédure civile) ou pour relever appel ou former opposition à l'encontre d'une ordonnance de référé (article 490, alinéa 3, du Code de procédure civile).

Ces délais se calculent de jour à jour, chaque espace de temps de minuit à minuit constituant une journée.

##### 3. Délais libellés en mois

Ces délais sont relativement nombreux.

Ex. délai d'un mois pour interjeter appel d'un jugement rendu sur le fond en matière contentieuse (article 538 du Code de procédure civile).

Ils ne sont pas calculés, comme on pourrait être tenté de le croire, par périodes idéalement égales de trente jours, mais de quantième à quantième, en suivant les règles du calendrier grégorien et sans tenir compte de la durée réelle de chaque mois (article 641, alinéa 2, du Code de procédure civile). C'est d'ailleurs la raison pour laquelle il faut se garder de confondre un délai d'un mois avec un délai de trente jours, par exemple<sup>2</sup>.

Ex. le délai d'un mois commençant à courir le 22 février s'achève le 22 mars, peu important d'ailleurs que l'année soit, ou non, bissextile.

Lorsque, dans le mois, ne se trouve pas un quantième identique à celui qui a servi de point de départ, le délai expire le dernier jour du mois (article 641, alinéa 2).

Ex. le délai d'un mois qui a pour point de départ le 31 mars expire le 30 avril.

##### 4. Délais fixés en années

Ils sont plus rares.

Ex. péremption de l'instance, lorsque aucune des parties au procès n'accomplit de diligences pendant deux ans (article 386 du Code de procédure civile).

Ex. la requête en omission de statuer, saisissant la juridiction ayant omis de statuer sur un chef de demande, afin qu'elle complète son jugement sans porter atteinte à l'autorité de la chose jugée, doit être présentée au plus tard un an après que le jugement est passé en force de chose jugée ou, en cas de pourvoi en cassation de ce chef, à compter de l'arrêt d'irrecevabilité (article 463, alinéa 2, du Code de procédure civile).

<sup>1</sup> Cf. *infra* : « Procédure de référé ».

<sup>2</sup> Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. I, p. 153.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Panthéon-Assas  
Licence droit 3ème année Melun 2023-2024

Le délai expire alors le jour anniversaire de l'année suivante ou des années suivantes, qui marque le terme du délai (article 641, alinéa 2, du Code de procédure civile).

B. Point de départ et échéance du délai<sup>1</sup>

Trois questions, en réalité, se posent : le point de départ du délai, son échéance et enfin l'incidence des dimanches, jours fériés et jours chômés.

1. Point de départ du délai

On appelle *dies a quo* le jour où se produit l'événement servant de point de départ au délai.

a. Principe : inclusion du *dies a quo*

L'article 640 pose le principe que le délai a pour origine la date où s'est produit l'événement qui le fait courir. En règle générale, le délai court donc du jour de l'acte, de sa notification, etc... Le jour à partir duquel le délai commence à courir est ainsi inclus dans le décompte.

b. Exception : exclusion du *dies a quo* dans les délais libellés en jours

Il en va cependant différemment, selon l'article 641, alinéa 2, lorsque le délai est libellé en jours. Dans cette hypothèse, en effet, le *dies a quo* est exclu du décompte du délai<sup>2</sup> : ce dernier ne commence à courir que le jour suivant à 0 heure.

Ex. Une assignation devant le tribunal judiciaire délivrée le 5 novembre ne fait courir le délai de quinze jours pour constituer avocat qu'à partir du 6 novembre à 0 h.

Motif : si le *dies a quo* était compris dans le délai, il suffirait d'atteindre l'extrême fin de la journée pour signifier un acte, notamment, afin de réduire d'autant le délai en jours accordé à l'adversaire<sup>3</sup>, alors que ce délai est, la plupart du temps, déjà relativement restreint dans le temps.

A dire vrai, cette dérogation renverse jusqu'à un certain point le principe, car de nombreux délais de procédure sont fixés en jours<sup>4</sup>. Le principe de l'inclusion du *dies a quo* dans le décompte du délai ne joue finalement que pour les délais libellés en mois ou en années.

2. Échéance du délai

Le jour auquel le délai vient à expiration s'appelle le *dies ad quem*. Il faut le déterminer, avant de préciser s'il est, ou non, compris dans le délai.

a. Détermination du *dies ad quem*

Très aisée pour les délais libellés en mois ou en années, elle est plus ardue pour les délais libellés en jours.

α) Délais libellés en mois ou en années

La détermination du *dies ad quem* est alors très facile, puisque c'est celui qui, dans le dernier mois ou la dernière année du délai, porte le même quantième que celui du jour où s'est produit l'acte ou l'événement ayant servi de point de départ au délai, c'est-à-dire le *dies a quo* (article 641, alinéa 2, du Code de procédure civile<sup>5</sup>).

Le délai expire le dernier jour, jour *ad quem*, à vingt-quatre heures (l'article 642, alinéa 1er, du Code de procédure civile).

Ex. jugement contentieux au fond de première instance notifié le 12 juin, le délai d'un mois pour relever appel à compter de cette notification expire le 12 juillet suivant, à 24 heures.

L'article 2229 du Code civil édicte un principe identique à propos des délais de prescription : « *La prescription est acquise lorsque le dernier jour du terme est accompli* »<sup>6</sup>.

β) Délais libellés en jours

<sup>1</sup> Th. Le Bars « La computation des délais de prescription et de procédure (quiproquo sur le *dies a quo* et le *dies ad quem*) », *J.C.P.* 2000, I, 258.

<sup>2</sup> Civ. 2, 17 mars 2010, n° 09-11671, *B.* II, n° 60.

<sup>3</sup> Perrot, *op. cit.*, t. I, p. 154.

<sup>4</sup> *Cf. supra*.

<sup>5</sup> *Cf. supra*.

<sup>6</sup> *Cf. cpdt*, dans une affaire où le *dies a quo* était, de par la volonté du législateur, inclus dans le délai : Civ. 1, 12 décembre 2018, n° 17-25697 (P) ; *Procédures* février 2019, *comm.* 39, note Y. Strickler ; *CCC* mars 2019, *comm.* 38, L. Leveneur.



Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Panthéon-Assas  
Licence droit 3ème année Melun 2023-2024

Il faut se garder de commettre des erreurs dans le décompte. Le *dies a quo*, on le sait, ne compte pas, de sorte que le délai ne commence à courir le lendemain. Pour connaître le *dies ad quem*, il suffit donc de faire une addition, mais en prenant garde au fait que le délai a commencé à courir à 0 h, si bien que, lorsque les douze coups de minuit viennent à sonner au soir de ce même jour, un jour du délai est déjà expiré<sup>1</sup>.

Ex. décompte du délai de quinze jours pour constituer avocat devant le tribunal judiciaire (article 763 du Code de procédure civile précité). Si l'assignation a été signifiée le 5 novembre, ce jour (*dies a quo*) ne comptant pas, le délai commence à courir le 6 novembre à 0 h. Le 6 novembre à 24 h, un jour s'est donc déjà écoulé. Il en résulte que le délai expire le 21 novembre à 0 h ou, ce qui revient au même, le 20 novembre à 24 h. Ainsi, le *dies ad quem* est le 20 novembre, et non pas le 21 novembre, comme on aurait pu le penser<sup>2</sup>.

b. Absence de franchise des délais de procédure

Une fois déterminé le jour où le délai vient à expiration, encore faut-il savoir si ce jour est, ou non, compris dans le délai.

Ex. délai d'appel expirant le 17 janvier à 24 heures, doit-on faire appel au plus tard dans la journée du 17 ou bien le lendemain, 18 janvier, est-il encore un jour utile ?

La réponse à cette question dépend du point de savoir si le délai est franc ou bien non franc. Lorsque le délai est non franc, le dernier jour est inclus dans le délai. A l'inverse, le délai est franc lorsque le dernier jour ne compte pas. Ainsi, dans l'exemple précité, si le délai est franc, le dernier jour utile pour relever appel est le 18 janvier. Si, au contraire, le délai est non franc, le dernier jour utile est le 17 janvier.

Pendant longtemps, la matière donnait lieu à de nombreuses hésitations, car doctrine et jurisprudence en étaient réduits, dans le silence du législateur, à se demander, à propos de chaque délai de procédure, s'il était franc ou non. Afin de mettre un terme à ces discussions stériles, le décret n° 65-1006 du 26 novembre 1965 avait opté pour la franchise de tous les délais de procédure – l'article 1033 de l'ancien Code de procédure civile ajoutait expressément, pour qu'il n'y ait pas d'ambiguïté, que « *le dernier jour n'est pas compté* ».

Mais l'article 642 du Code de procédure civile énonce désormais la règle rigoureusement inverse : « *tout délai expire le dernier jour à vingt-quatre heures* ». Ainsi, en droit positif actuel, les délais de procédure ne sont pas francs. Cette volte-face à quelques années d'intervalle s'explique par la ratification, dans l'intervalle, d'une convention internationale prévoyant la solution transposée dans l'article 642.

3. Incidence des samedis, dimanches, jours fériés et jours chômés

- Jour férié, c'est-à-dire déclaré non ouvrable par le législateur lui-même (Noël, Ascension, Assomption, Toussaint, lundi de Pâques, etc...)
- Jour chômé, c'est-à-dire un jour qui n'est pas férié, mais que la loi ou le règlement<sup>3</sup> déclare chômé en raison d'un « pont ». Le point de savoir si un jour est chômé ou non peut soulever des difficultés<sup>4</sup>, ainsi pour le lundi de Pentecôte.

Il faut bien en tenir compte, car, pour celui contre lequel court le délai, un dimanche ou un jour férié est un jour de perdu, où il ne pourra trouver aucun avocat pour le conseiller, par exemple. En outre, certains mois, comme le mois de mai, les jours fériés se multiplient, augmentant l'acuité du problème.

L'article 642, alinéa 2, du Code de procédure civile énonce la règle suivante : « *Le délai qui expirerait normalement un samedi, un dimanche ou un jour férié ou chômé, est prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant* »<sup>5</sup>.

Si un samedi, un dimanche, un jour férié ou chômé est intercalé dans le délai, cela n'a donc aucune incidence sur la computation du délai. En revanche, lorsque le dernier jour utile est un samedi, un dimanche, un jour férié ou chômé, le délai est prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant. L'intéressé conserve ainsi le bénéfice de l'intégralité du délai dont il dispose, sans avoir à supporter les conséquences du hasard qui veut que le délai vienne à expiration un jour où les diligences ne peuvent être accomplies.

§ 3 Modification des délais de procédure

Les délais de procédure sont des délais préfix soustraits au régime de la prescription extinctive du Code civil (article 2220). Aussi ne sont-ils pas soumis, en principe, aux causes de suspension de la prescription. En revanche, ils peuvent être parfois désormais

<sup>1</sup> Perrot, *op. cit.*, t. I, p. 155.

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> Cf. Civ. 2, 16 juillet 1976, B. II, n° 242, excluant le vendredi saint des jours chômés, à défaut d'un texte législatif ou réglementaire.

<sup>4</sup> Cf. Civ. 3, 13 juin 1984, B. III, n° 113 ; RTD civ. 1984, 770, obs. R. Perrot, qualifiant le 2 janvier de jour chômé, ce qui est une solution indulgente.

<sup>5</sup> Ce texte, qui présente un caractère général, régit tout délai de procédure, en particulier imposant l'accomplissement de diligences avant son expiration, dès lors qu'il entre dans le champ d'application du code de procédure civile. Il est en ainsi du délai de péremption de l'instance prévu à l'article 386 de ce code (Civ. 2, 1er octobre 2020, n° 19-17797 (P)).

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Panthéon-Assas  
Licence droit 3ème année Melun 2023-2024

interrompus, comme les délais de prescription, notamment par une demande en justice (article 2241, alinéa 1er, du Code civil)<sup>1</sup>.

Par ailleurs et surtout, les délais de procédure sont sujets à des modifications, tantôt légales, tantôt judiciaires.

A. Modifications légales des délais de procédure

L'ancien Code de procédure civile avait imaginé un système logique, mais très compliqué, de modulation des délais de procédure en fonction de la distance à parcourir par le plaideur pour accomplir l'acte. Ce système entendait tenir compte des difficultés supplémentaires qui résultent de l'éloignement. Mais, avec le progrès des moyens de communication et de transports, ce système est apparu contestable. Il a donc été largement abandonné par le décret du 26 novembre 1965, lequel a posé de nouveaux principes, repris dans les grandes lignes par l'actuel Code de procédure civile.

Désormais, il n'y a plus d'augmentation de la durée des délais à raison des distances à l'intérieur de la France métropolitaine – Corse et autres îles comprises. En revanche, dans les autres hypothèses, les articles 643 et 644 du Code de procédure civile ont prévu un allongement d'un mois ou de deux mois suivant les cas, des délais de comparution, d'appel, d'opposition, de recours en révision et de pourvoi en cassation.

B. Modifications judiciaires des délais de procédure

Le juge ne saurait *proprio motu* allonger ou réduire un délai légal de procédure. Mais la loi peut l'y autoriser. Il tient alors son pouvoir du législateur lui-même. *A fortiori*, le juge peut-il modifier un délai qu'il a fixé lui-même à l'origine.

Ex. devant le tribunal judiciaire, le juge a le pouvoir de réduire les délais de comparution et de remise de l'assignation au greffe (article 755, alinéa 1er, du Code de procédure civile ; le juge de la mise en état a le pouvoir de proroger le délai dans lequel un expert doit donner son avis (article 279 du Code de procédure civile) ou celui imparti aux parties pour le dépôt de leurs conclusions (article 781, alinéa 2, du Code de procédure civile)<sup>2</sup>.

#### § 4 Sanction de l'inobservation des délais de procédure

La sanction est la déchéance, dont il faut préciser la portée, avant de préciser son domaine d'application.

A. Portée de la déchéance

Lorsque la loi fixe un délai, l'inobservation de cette règle est si grave qu'elle entraîne la déchéance, la forclusion : l'acte qui lui même devait être accompli dans un certain délai ne peut plus l'être utilement lorsque le délai est expiré. La déchéance est une sanction rigoureuse, tant par son automatisme que par ses conséquences.

1. Automatisme de la déchéance

Contrairement aux nullités de procédure, la déchéance est encourue de plein droit.

2. Conséquences de la déchéance

Cette déchéance entraîne l'irrecevabilité de la prétention, irrecevabilité que le juge doit relever d'office lorsqu'elle a un caractère d'ordre public (article 125 du Code de procédure civile<sup>3</sup>). Cela revient à dire que le droit lui même est perdu, car il se retrouve, en définitive, dépourvu de toute sanction judiciaire.

B. Domaine d'application de la déchéance

La déchéance ne concerne pas tous les délais et le plaideur peut, en outre, exceptionnellement y échapper, lorsque le juge le relève de sa forclusion.

1. Domaine restreint aux délais destinés à stimuler le zèle des plaideurs

Lorsque le délai a été prescrit dans ce but, la déchéance est assurément la sanction la plus adéquate. En revanche, s'agissant des délais destinés à protéger un plaideur contre les initiatives précipitées de son

<sup>1</sup> Cf. *supra* : « Existence de l'action en justice ».

<sup>2</sup> Cf. *infra* : « Procédure devant le tribunal judiciaire ».

<sup>3</sup> Cf. *supra*.

adversaire, la déchéance ne s'impose plus. Ainsi, comme on l'a vu, le défendeur qui ne constitue pas avocat devant le tribunal judiciaire dans un délai de quinze jours à compter de la signification de l'assignation, conserve la faculté de le faire ultérieurement, pourvu qu'un jugement par défaut ne soit pas intervenu entre temps à son encontre. L'irrégularité peut donc être réparée.

## 2. Relevé de forclusion

Il consiste, pour le juge, à faire échapper le plaideur à déchéance qu'il a encourue.

L'article 540 du Code de procédure civile organise un tel relevé de forclusion, dans les cas où un jugement a été rendu par défaut ou est réputé contradictoire, « *si le défendeur, sans qu'il y ait eu faute de sa part, n'a pas eu connaissance du jugement en temps utile pour exercer son recours, ou s'il s'est trouvé dans l'impossibilité d'agir* » (article 540, alinéa 1er).

Dans cette hypothèse, le relevé de forclusion est demandé au président de la juridiction compétente pour connaître de l'opposition ou de l'appel.

Le président est saisi par voie d'assignation (article 540, alinéa 2). Il se prononce sans recours (article 540, alinéa 3). S'il fait droit à la requête en relevé de forclusion, le délai d'opposition ou d'appel court à compter de sa décision, sauf pour lui à réduire ce délai ou à ordonner que la citation sera faite pour le jour qu'il fixe (article 540, alinéa 4).

## Titre II : Déroulement de l'instance

On peut préciser dès maintenant qu'il n'existe pas qu'une seule sorte d'instance destinée à se dérouler invariablement. L'instance peut en effet varier selon les types de procédure.

- Procédure contentieuse et procédure gracieuse

Le code de procédure civile fait déjà une distinction majeure entre la procédure contentieuse et la procédure gracieuse.

- Procédure contradictoire et procédure par défaut

Mais au sein même de la procédure contentieuse, il y a des variantes que l'on connaît déjà : l'hypothèse où les adversaires sont présents, on aura donc une procédure contradictoire ; la procédure par défaut, dans laquelle au moins l'un des adversaires est absent.

- Procédure définitive et procédure provisoire

De même, on distingue la procédure définitive, c'est-à-dire la procédure qui débouche sur un jugement qui tranche au fond et on la distingue, par exemple, de la procédure de référé qui ne conduit qu'à une décision provisoire. Mais il existe aussi une procédure ni contradictoire ni définitive, celle de l'ordonnance sur requête.

En outre, il peut y avoir des instances simples, il y en a d'autres qui sont sujettes à des incidents et qui, par conséquent, perturbent le schéma idéal que l'on peut avoir de l'instance.

En ce qui concerne les procédures suivies devant les juridictions de première instance, le code fait une distinction fondamentale entre la juridiction de droit commun que constitue le tribunal judiciaire et les juridictions d'exception – conseil de prud'hommes<sup>1</sup>, tribunal de commerce et tribunal paritaire des baux ruraux.

## Chap. I : Les procédures devant le tribunal judiciaire

Le titre 1er du livre II du Code de procédure civile lui est consacré. Y sont exposées, dans l'ordre :

- Les dispositions communes, applicables à toute procédure devant le tribunal judiciaire
- La procédure écrite, qui se décompose en plusieurs variétés, à savoir la procédure ordinaire, la procédure gracieuse et la procédure à juge unique

<sup>1</sup> L'article 879 du Code de procédure civile renvoie, à cet égard, au Code du travail.

- La procédure orale, qui connaît elle-même plusieurs variantes, la procédure ordinaire, la procédure de référé, la procédure accélérée au fond
- Les autres procédures, procédure à jour fixe, ordonnances sur requête, action de groupe notamment

Beaucoup des dispositions prétendument « communes » sont, en réalité, les unes spécifiques à la procédure écrite, les autres à la procédure orale. Au lieu d'en faire un exposé préalable, on les étudiera donc à l'occasion de chacune de ces procédures. Sous cette réserve, suivant le plan du titre 1er du livre II du Code de procédure civile, on traitera ainsi successivement la procédure écrite et la procédure orale devant le tribunal judiciaire, puis de certaines procédures particulières devant ce tribunal.

## Section 1 : La procédure écrite

Le législateur distingue la procédure contentieuse ordinaire, les procédures contentieuses spéciales et la procédure gracieuse.

### § 1 La procédure contentieuse écrite ordinaire

Cette procédure est la plus importante, car elle est considérée comme le modèle de la procédure de l'instance civile. Elle présente plusieurs caractéristiques fondamentales :

- La représentation par avocat est obligatoire (article 760 du Code de procédure civile)
- La procédure est écrite (article 775 du Code de procédure civile)
- La remise des actes de procédure à la juridiction, d'une part, les avis, avertissements ou convocations, d'autre part, s'effectuent obligatoirement par voie électronique, sauf cause étrangère rendant impossible l'emploi de cette voie (article 850 du Code de procédure civile)
- L'instruction est judiciaire (articles 776 et suivants du Code de procédure civile)

On traitera successivement de l'introduction de l'instance, de l'instruction de l'affaire par le juge de la mise en état et enfin des débats.

#### A. Introduction de l'instance

Elle suppose presque toujours une assignation, suivie de la comparution du défendeur et de la saisine du tribunal.

##### 1. Assignation

L'article 750 du Code de procédure civile propose deux modes d'introduction de l'instance parmi lesquels on doit nettement dégager l'assignation, parce qu'elle constitue le mode normal de l'introduction de l'instance devant le tribunal judiciaire<sup>1</sup>.

L'assignation est, rappelons-le, un acte d'huissier par lequel le demandeur cite son adversaire à comparaître devant le juge compétent, selon la définition que l'article 55 du Code de procédure civile en donne. Ici, le terme de comparaître a un sens technique, il s'agit pour le défendeur de constituer avocat. En effet, l'article 751, alinéa 1er, fait obligation aux parties, sauf disposition contraire, de constituer avocat. L'assignation va ainsi établir un lien entre le demandeur et le défendeur.

A la suite de la réforme issue du décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019, toute assignation devant le tribunal judiciaire est une assignation à date (article 751 du Code de procédure civile)<sup>2</sup>. En effet, le

<sup>1</sup> E. Jeuland « Prise de date, prise de terre ! », *JCP* 2021, 703. L'article 750, alinéa 2, mentionne également la requête unilatérale comme forme de la demande initiale, mais cette requête unilatérale n'est utilisable que « lorsque le montant de la demande n'excède pas 5 000 € dans la procédure orale ordinaire ou dans certaines matières fixées par la loi ou le règlement » (cf. *infra* : section 2 « Les procédures spéciales »). Comme exemple de matières où la demande peut emprunter la forme d'une requête unilatérale, on peut citer la matière familiale : dans certaines procédures, le juge aux affaires familiales peut être saisi par le placement d'une assignation ou par une requête unilatérale ou conjointe remise ou adressée au greffe (article 1137 du Code de procédure civile) ; le ministère d'avocat est alors facultatif (article 1139). On peut également citer la procédure, initialement non contradictoire, des ordonnances sur requête (article 845 du Code de procédure civile). Enfin, l'article 750, alinéa 3, dispose que « dans tous les cas, les parties peuvent saisir la juridiction par requête conjointe. » Cependant, en matière contentieuse, la saisine du tribunal judiciaire par requête conjointe demeure très rare.

<sup>2</sup> Disposition applicable à compter du 1er juillet 2021 (article 1er du décret n° 2020-1641 du 22 décembre 2020, modifiant l'article

défendeur est cité à une audience, dont le greffe communique la date « *au demandeur sur présentation du projet d'assignation* ». Le demandeur n'obtiendra donc une date d'audience du greffe qu'après lui avoir adressé son projet d'assignation. Or la mention des lieu, jour et heure de l'audience est désormais prescrite à peine de nullité dans toute assignation (article 56, 1<sup>o</sup>, du code)<sup>1</sup>.

Dans la procédure écrite ordinaire, l'avocat doit obligatoirement réserver la date de l'audience en recourant à la communication par voie électronique (CPVE), par l'utilisation du réseau privé virtuel avocat (RPVA). Il ne peut obvier à la voie électronique que si la date ne peut être sollicitée par voie électronique pour une cause qui lui est étrangère<sup>2</sup>. Mais, dans tous les cas, il doit joindre son projet intégral d'assignation à sa demande de réservation d'une date auprès du greffe, car l'article 751 du Code de procédure civile est d'application générale.

L'audience d'orientation à laquelle le défendeur est cité ne se tiendra, en pratique, que virtuellement : les avocats n'y assistent plus depuis bien longtemps. Il est donc pour le moins paradoxal de faire de la date d'audience une exigence prescrite à peine de nullité de l'assignation, alors que cette audience est largement factice<sup>3</sup>.

A peine de nullité pour vice de forme, cette assignation doit comporter, du reste, l'ensemble des mentions requises par l'article 56 du Code de procédure civile<sup>4</sup>. Mais, outre ces mentions, l'assignation devant le tribunal judiciaire doit également, selon l'article 752 du code, contenir la constitution de l'avocat du demandeur et le délai dans lequel le défendeur est tenu de constituer avocat, là encore à peine de nullité pour vice de forme<sup>5</sup>.

Le cas échéant, l'assignation mentionne l'accord du demandeur pour que la procédure se déroule sans audience en application de l'article L. 212-5-1 du code de l'organisation judiciaire (article 752, dernier alinéa, du Code de procédure civile)<sup>6</sup> : cela ne risque pas de se produire souvent en pratique...

## 2. Comparution du défendeur

En conséquence de l'assignation qui lui a été délivrée, le défendeur doit comparaître dans un délai de 15 jours, en constituant avocat (article 763 du Code de procédure civile). Toutefois, si l'assignation lui est délivrée dans un délai inférieur ou égal à quinze jours avant la date de l'audience, il peut constituer avocat jusqu'à l'audience (même texte). » A défaut de constituer avocat dans les délais impartis, le défendeur « *s'expose à ce qu'un jugement soit rendu contre lui sur les seuls éléments fournis par son adversaire* », selon les termes de l'article 54, 6<sup>o</sup>, du Code de procédure civile.

On comprend mal la précision ajoutée par la deuxième phrase de l'article 763 : « *Toutefois si l'assignation lui est délivrée dans un délai inférieur ou égal à quinze jours avant la date de l'audience, il peut constituer avocat jusqu'à l'audience* » (décret n° 2020-2452 du 27 novembre 2020). En effet, il est traditionnellement admis que, dans tous les cas, la constitution d'avocat est efficace même si elle intervient postérieurement au délai de quinze jours et qu'elle peut être même être retardée jusqu'à l'audience des plaidoiries. Les rédacteurs des textes ayant réformé la procédure civile ces dernières années ont-ils déjà mis les pieds dans un tribunal judiciaire ? A croire que non...

Cette constitution d'avocat doit comporter les mentions précisées à l'article 765, alinéa 2, du Code de procédure civile. Toutefois, à défaut de les comporter, la constitution n'est pas nulle, car aucune disposition de la loi ne sanctionne l'inobservation des formes de l'article 765 par une telle nullité – pas de nullité sans texte<sup>7</sup>. La sanction réside, selon les articles 59 et 766, alinéa 1er *in fine*, du Code de procédure civile, dans l'irrecevabilité des conclusions du défendeur, tant que les mentions requises n'auront pas été fournies<sup>8</sup>.

55-III du décret du 11 décembre 2019).

<sup>1</sup> Cf. *supra* : première partie « L'accès au juge », titre I « L'action en justice », chap. 2 « Régime de l'action en justice », section 2 « Mise en œuvre de l'action en justice », A. « Les demandes en justice », 1. Variétés de demandes en justice », a. « La demande initiale », β) « Formes de la demande initiale », « Formes de la demande initiale en matière contentieuse », « L'assignation ».

<sup>2</sup> Article 4 de l'arrêté du 9 mars 2020, modifié par l'article 2 de l'arrêté du 9 août 2021 relatif aux modalités de communication de la date de première audience en procédure écrite ordinaire devant le tribunal judiciaire ([www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000043927335](http://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000043927335) JORF n°0185 du 11 août 2021, 21), combiné avec les dispositions de l'arrêté du 7 avril 2009 relatif à la communication par voie électronique devant les tribunaux judiciaires.

<sup>3</sup> B. Taillebot et Ch. Gallino « Le regard de la magistrature sur la réforme de la procédure civile "Voici enfin l'œuvre fameuse, le palais aux détours inextricables" (Virgile, *Énéide*, IV, 27) », *Dr. fam.* n° 4, avril 2020, *Etude* 13, n° 8-9.

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> Cf. *infra* : B.

<sup>6</sup> Disposition applicable à compter du 1er janvier 2021 seulement, et non, comme la plupart des dispositions du décret du 11 décembre 2019 réformant la procédure civile, à dater du 1er janvier 2020 (article 55, III, rédaction modifiée par le décret du 30 juillet 2020, article 3).

<sup>7</sup> Chainais et *alii*, *op. cit.*, n° 1625. Cf. TGI Nanterre, JME 4 mars 1974, *Gaz. Pal.* 1975, 2, 492.

<sup>8</sup> *Ibid.* S'agissant d'une constitution d'avocat en appel qui ne remplirait pas les conditions de forme exigées par l'article 960 du Code de procédure civile, l'article 961 sanctionne également l'irrégularité par l'irrecevabilité des conclusions de l'intimé (Civ. 2, 8 décembre 1982, n° 81-15586, B. II, n° 161 ; *Gaz. Pal.* 1983, 1, *Pan.* 171, obs. S. Guinchard). Selon la jurisprudence (Civ. 3, 29

L'avocat du défendeur informe l'avocat du demandeur de cette constitution par les voies habituelles de notification des actes entre avocats (signification par acte du palais ou notification directe entre avocats – articles 671 à 673 et 765, alinéa 1er, du Code de procédure civile combinés). Une copie de la constitution est remise au greffe de la juridiction saisie (article 764, alinéa 1er, du Code de procédure civile), dès cette notification effectuée avec justification de celle-ci (article 767, alinéa 1er). A peine d'irrecevabilité, la remise s'opère par voie électronique, rappelons-le, sauf cause étrangère la rendant impossible dont il appartient à l'auteur de la remise de justifier (article 850).

Néanmoins, dans l'hypothèse – rare car le défendeur n'a généralement aucun intérêt à accélérer le mouvement – où la constitution de l'avocat du défendeur interviendrait avant le placement de l'assignation, la remise de sa copie au greffe devrait s'accompagner de la remise d'une copie de l'assignation, et non d'une justification de la notification de la constitution au contradicteur (article 767 *in fine*).

L'acte de constitution comporte, le cas échéant, l'accord du défendeur pour que la procédure se déroule sans audience en application de l'article L. 212-5-1 du code de l'organisation judiciaire (article 764, alinéa 2). Inutile d'insister, là encore, sur le fait que cette mention ne figurera pratiquement jamais dans la constitution.

### 3. Saisine du tribunal (placement et enrôlement)

On envisagera successivement les modalités du placement de l'affaire, puis ses conséquences, à savoir son enrôlement.

#### a. Modalités du placement de l'affaire

La saisine du tribunal se réalise par la remise d'une copie de l'assignation au greffe du tribunal (article 754, alinéa 1er, du Code de procédure civile)<sup>1</sup>. Encore faut-il préciser dans quel délai cette remise doit intervenir, comment elle s'effectue et qui peut y procéder.

##### α) Délai de remise de la copie de l'assignation au greffe

La remise au greffe doit intervenir au moins quinze jours avant la date d'audience, sous réserve que le greffe ait lui-même communiqué cette date d'audience plus de quinze jours avant qu'elle ne se tienne (article 754, alinéa 2).

Cependant l'assignation ne peut être placée qu'après avoir été préalablement signifiée au défendeur. Il faut donc espérer que le greffe ne communiquera pas au demandeur la date d'audience *in extremis*, seize ou dix-sept jours avant la date d'audience... Sinon, le demandeur aura du mal à la faire signifier et à la placer quinze jours avant l'audience. Or l'assignation qui n'est pas placée à temps, est caduque (article 754, dernier alinéa), ce qui la prive de surcroît d'effet interruptif de la prescription ou d'un délai de forclusion<sup>2</sup>. Dans les tribunaux judiciaires où il gère électroniquement les dates d'audience, le greffe ne communiquera pas tardivement la date d'audience, on peut l'espérer. Mais ce n'est pas le cas de tous les tribunaux judiciaires.

Toutefois le délai imparti pour la remise de la copie de l'acte au greffe sera différent de celui indiqué par l'article 754, alinéa 2 dans deux cas, prévus par l'article 755 du Code de procédure civile :

- tout d'abord, ce texte envisage une réduction judiciaire du délai de placement. Selon ce texte, en effet, en cas d'urgence, les délais de comparution et de remise de l'assignation peuvent être réduits par autorisation du juge.
- Ensuite, l'article 755 ajoute que « *ces délais peuvent également être réduits en application de la loi ou du règlement.* » On ne saurait être plus précis...

---

octobre 1979, n° 78-13282, B. III, n° 191 ; D. 1980, IR 464, obs. P. Julien), le dépôt de conclusions par l'avocat du défendeur vaut constitution.

<sup>1</sup> *Contra*, sous l'empire de l'ancien code de procédure civile : Civ. 2, 15 juin 1967, n° 66-13569, B. II, n° 228 (« *la saisine d'une juridiction résulte de l'assignation signifiée à la partie défenderesse* » ; que le placement et l'enrôlement de l'assignation « *n'ont pour effet que de permettre à la partie demanderesse de faire prendre rang à l'affaire au rôle du Tribunal et à la juridiction d'en opérer l'affectation administrative à l'une des chambres ; qu'ainsi elles ne constituent que des formalités d'ordre intérieur* »).

<sup>2</sup> Ass. plén. 3 avril 1987, B. ass. plén., n° 2 ; D. 1988, *somm.* 122, obs. P. Julien ; JCP 1987, II, 20792, concl. J. Cabannes ; RTD civ. 1987, 401, obs. R. Perrot ; Soc. 21 mai 1996, B. V, n° 19 ; Civ. 3, 1er février 2012, n° 11-10482, B. III, n° 19 ; D. 2012, 496, obs. Y. Rouquet ; Civ. 2, 21 mars 2019, n° 17-31502 (P). Cf. *supra* : première partie « L'accès au juge », titre I « L'action en justice », chap. 2 « Régime de l'action en justice », section 2 « Exercice de l'action en justice », § 2 « Mise en œuvre de l'action en justice », A. Les demandes en justice », 2. « Effets des demandes en justice », a. « Interruption de la prescription ou du délai préfix », γ) « Obstacles à l'interruption du délai de prescription ou du délai préfix ».

Si le placement n'a pas lieu dans les délais impartis, l'assignation est, en principe, caduque (article 754, alinéa 3) et l'instance éteinte (article 385, alinéa 1er). La caducité est constatée d'office par ordonnance du président ou du juge saisi de l'affaire (même texte). A défaut, requête peut être présentée au président en vue de faire constater la caducité (même texte).

Il ne reste alors plus au demandeur qu'à réassigner, en veillant cette fois-ci au respect des délais de placement. Encore faut-il toutefois que l'action ne se soit pas éteinte entre temps par l'écoulement de la prescription extinctive ou d'un délai préfix, car la demande en justice tombée en caducité n'a pas d'effet interruptif<sup>1</sup>.

#### β) Mode de remise de la copie de l'assignation au greffe

Comme celle de tout autre acte de procédure dans la procédure écrite, la remise de la copie de l'assignation doit obligatoirement être effectuée par voie électronique, à peine d'irrecevabilité relevée d'office (article 850, alinéa 1er, du Code de procédure civile).

L'auteur de la remise peut, à titre exceptionnel, procéder à la remise sur support papier, s'il justifie d'une cause étrangère lui rendant impossible la remise par voie électronique (article 850, alinéa 2).

L'article 930-1 du Code de procédure civile formulait déjà une exigence identique à celle de l'article 850 pour la remise des actes de procédure dans la procédure d'appel avec représentation obligatoire. Aussi la jurisprudence qui s'est développée à propos de l'interprétation de l'article 930-1, doit-elle être transposée à l'interprétation de l'article 850. Selon la Cour de cassation, c'est, bien entendu, à l'auteur de la remise de justifier de l'existence d'une cause étrangère. Celle-ci n'implique pas nécessairement un cas de force majeure<sup>2</sup>, mais elle doit s'entendre d'une difficulté propre à la communication par voie électronique<sup>3</sup>. Les juges du fond doivent la caractériser<sup>4</sup>.

La remise au greffe de la copie de l'assignation est constatée par la mention de la date de remise et le visa du greffier sur la copie ainsi que sur l'original, qui est immédiatement restitué (article 769 du Code de procédure civile).

#### χ) Initiative de la remise de la copie de l'assignation au greffe

La saisine du tribunal est généralement effectuée par le demandeur ; mais il n'y a aucun monopole et l'avocat du défendeur peut très bien prendre l'initiative du placement. Comme l'énonce en effet l'article 754, alinéa 1er : « *La juridiction est saisie, à la diligence de l'une ou l'autre partie, par la remise au greffe d'une copie de l'assignation.* »

### b. Conséquences du placement de l'affaire

L'affaire va être enrôlée, c'est-à-dire inscrite sur un répertoire général tenu par le greffe de chaque juridiction. On inscrit dans ce répertoire par ordre d'arrivée, toutes les affaires dont la juridiction est saisie. Et pour chaque affaire on indique la date de saisine, le numéro d'inscription, le nom des parties et la nature de l'affaire. Le greffier va alors ouvrir un dossier dans lequel seront versés tous les actes de la procédure à venir. Lorsque cet enrôlement a eu lieu, le tribunal judiciaire va devoir prendre deux décisions.

#### α) Distribution de l'affaire à la chambre compétente

A moins qu'une chambre de proximité du tribunal judiciaire n'ait été directement saisie ou que ce tribunal ne comprenne qu'une chambre, le président du tribunal judiciaire va distribuer l'affaire à la chambre compétente pour traiter de l'affaire litigieuse (articles 770 et 776 du Code de

<sup>1</sup> Cf. *supra* : première partie « L'accès au juge », titre I « L'action en justice », chapitre 2 « Régime de l'action en justice », section 2 « Exercice de l'action en justice », § 2 « Mise en œuvre de l'action en justice », A. « Les demandes en justice », 2. « Effets des demandes en justice », a. « Interruption de la prescription ou du délai préfix », γ) « Obstacle à l'interruption de la prescription ou du délai préfix ».

<sup>2</sup> Civ. 2, 16 novembre 2017, n° 16-24864, B. II, n° 214 ; D. 2018, 52, note C. Bléry ; *ibid.* 757, obs. E. de Leiris : l'impossibilité d'une remise des conclusions par voie électronique en raison de leur taille, supérieure à la limite de 4 Mo imposée par le système, peut constituer une cause étrangère à celui qui accomplit l'acte de procédure.

<sup>3</sup> Civ. 2, 27 septembre 2018, n° 17-20930 (P) ; BICC n° 895, 1er février 2019, n° 70 ; JCP 2018, *doctr.* 1288, n° 8, obs. L. Mayer : aussi, ne constitue pas une telle difficulté l'absence de restitution au demandeur, par l'huissier de justice ayant délivré une assignation à jour fixe, de la requête à fin d'être autorisé à assigner à jour fixe qui devait être jointe à l'assignation.

<sup>4</sup> Civ. 2, 6 septembre 2018, n° 16-14056 (P) ; JCP 2018, *doctr.* 1288, n° 8, obs. L. Mayer : cassation pour manque de base légale de l'arrêt s'étant borné à évoquer un « problème technique ».

procédure civile). On va alors inscrire l'affaire sur le registre d'audience de la chambre que l'on appelle le sous-rôle.

### β) Orientation de l'affaire

Le président de la chambre compétente pour traiter l'affaire va arrêter une date et une heure d'audience, communiquées par le greffe aux avocats (article 773 du Code de procédure civile). C'est l'audience dite « d'orientation » (article 776), qu'on appelait naguère « appel des causes » ou « conférence ». Le décret du 11 décembre 2019 a paradoxalement ressuscité cette conférence présidentielle qui tombait en désuétude et à laquelle, de toute façon, personne ne se déplacera et qui sera dématérialisée<sup>1</sup>.

Selon l'article 776, le président commence par demander aux avocats s'ils envisagent de conclure une convention de procédure participative aux fins de mise en état, ce qui sera très peu probable<sup>2</sup>.

Aux termes de l'article 1546-1, alinéa 2, du Code de procédure civile, Les parties ont, à tout moment, la possibilité de renoncer expressément à se prévaloir de toute fin de non-recevoir, de toute exception de procédure et des dispositions de l'article 47, à l'exception de celles qui surviennent ou sont révélées postérieurement à la signature de la convention de procédure participative.

A défaut, presque toujours, donc, le président évalue avec les avocats l'état d'avancement de l'affaire et choisira une des trois orientations légalement possible.

- Soit l'affaire est en état d'être jugée dès l'échange entre l'assignation et les conclusions du défendeur. Dans ce cas, l'affaire est renvoyée à l'audience des plaidoiries, laquelle peut se tenir le jour même (article 778 du Code de procédure civile). Il en va de même si le défendeur ne comparait pas et si l'affaire est en état d'être jugée sur le fond, à moins que le président n'ordonne la réassignation du défendeur (même texte).
- Soit au contraire, l'affaire n'est absolument pas préparée, il faut la mettre en état, c'est-à-dire l'instruire sous le contrôle d'un juge de la mise en l'état (article 779, dernier alinéa, articles 780 et suivants du Code de procédure civile).
- On peut néanmoins concevoir un état intermédiaire entre les deux précédents, dans lequel le président va fixer une date pour un ultime échange des écritures et le jour J les avocats reviennent devant le président, l'affaire est déclarée en l'état et on fixe alors la date de l'audience (article 779 du Code de procédure civile).

Bien que l'article 779 ne le prévoie nullement, la pratique s'est instaurée d'établir un calendrier d'audiences présidentielles successives, avec des délais fixés aux parties pour conclure. Le président n'a alors pour rôle que de s'assurer que les parties accomplissent les diligences dans les délais impartis, et non, juridiquement, les pouvoirs d'un juge de la mise en état : par exemple, il ne dispose pas du pouvoir d'accorder une provision à valoir sur une obligation qui n'est pas sérieusement contestable (article 789, 3°, du Code de procédure civile). Cette pratique n'en a pas moins tendu insidieusement à transformer le président en juge de la mise en état<sup>3</sup>.

## B. Instruction de l'affaire : la mise en état

Le président ou un des magistrats de la chambre à laquelle l'affaire a été distribuée, statue comme juge de la mise en l'état. Cette institution avait été créée à titre expérimental par un décret de 1965. Le succès a été tel qu'on a généralisé l'institution et qu'on a voulu l'améliorer en renforçant le pouvoir de ce juge, au-delà sans doute des limites raisonnables aujourd'hui. L'instruction va donc s'effectuer sous le contrôle du juge de la mise en l'état.

### 1. Rôle des parties au cours de l'instruction

<sup>1</sup> B. Taillebot et Ch. Gallino « Le regard de la magistrature sur la réforme de la procédure civile "Voici enfin l'œuvre fameuse, le palais aux détours inextricables" (Virgile, Enéide, IV, 27) », *Dr. fam.* n° 4, avril 2020, *Etude* 13, n° 8-9.

<sup>2</sup> *Cf. infra* : § 2 « Les procédures contentieuses écrites spéciales », A. « Les procédures subordonnées à un accord des parties », 2. « La procédure avec conclusion d'une convention de procédure participative aux fins de mise en état ».

<sup>3</sup> Chainais et *alii*, *op. cit.*, n° 1665.



Les parties ont l'obligation de conclure, leurs écritures devant répondre à un certain formalisme.

a. Obligation de conclure

Dans la procédure avec représentation obligatoire, il appartient aux parties par l'intermédiaire de leurs représentants de rédiger des conclusions, lesquelles se définissent comme des actes de procédure dans lesquels les parties vont fixer leurs prétentions et proposer au juge une argumentation fondée sur des moyens de droit et de fait.

Ces conclusions sont une nécessité, puisqu'une partie ne peut soumettre aucun moyen au tribunal sans conclure. Néanmoins, on s'en souvient, l'assignation vaut conclusions pour le demandeur (article 56, dernier alinéa, du Code de procédure civile). Quant au défendeur, il doit aussi déposer des conclusions après avoir constitué avocat.

Cet échange de conclusions peut être unique ou multiple. C'est la raison pour laquelle on a instauré un calendrier de procédure. C'est tout simplement un calendrier qui fixe les dates auxquelles les échanges doivent avoir lieu<sup>1</sup>.

b. Formalisme des conclusions

Ces conclusions, qui sont fondamentales, sont soumises un formalisme devenu minutieux<sup>2</sup> : leur notification est soumise à une réglementation particulière, de même que la communication des pièces. Les conclusions doivent être qualificatives et leur présentation est étroitement réglementée. En outre, les parties doivent régulariser des conclusions récapitulatives. Enfin, un bordereau énumérant les pièces versées aux débats doit être annexé aux différentes conclusions. L'article 768 du Code de procédure civile impose ces obligations aux parties devant le tribunal judiciaire et l'article 954 du même code devant la cour d'appel<sup>3</sup>. Le juge de la mise en état peut inviter les parties à mettre leurs conclusions en conformité avec les exigences de l'article 768 (article 782 du Code de procédure civile).

α) Conclusions qualificatives

Le législateur a posé des prescriptions de rédaction de ces conclusions. En effet, L'article 768, alinéa 1er, du Code de procédure civile<sup>4</sup> exige, en sa rédaction issue de ce décret, que ces conclusions soient qualificatives : elles doivent formuler expressément les moyens de fait et de droit sur lesquels les prétentions sont fondées<sup>5</sup>. Ces conclusions qualificatives sont un instrument pour le juge mais ne s'imposent pas à lui.

En règle générale, plusieurs échanges de conclusions vont avoir lieu entre les parties. Pour éviter que le tribunal ne se perde dans les jeux d'écritures successifs, l'article 768, alinéa 3<sup>6</sup>, exige donc des conclusions récapitulatives, comme on le verra ci-après.

β) Modalités formelles de rédaction des conclusions

Naguère les modalités de rédaction des conclusions étaient relativement libres, l'essentiel étant d'atteindre l'objectif dans l'argumentation en fait et en droit. Il n'en va plus de même avec les réformes successives intervenues. Désormais, en effet, la présentation des conclusions obéit à un formalisme minutieux.

• Structure des conclusions

Selon l'article 768, alinéa 2, du Code de procédure civile, les conclusions comprennent distinctement un exposé des faits et de la procédure, une discussion des prétentions et des moyens ainsi qu'un dispositif récapitulant les prétentions<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> Cf. *supra* : § 1.

<sup>2</sup> Cf. *supra* : titre I « Cadre juridique de l'instance », chap. II « Principes directeurs du procès civil », section 2 « Principe dispositif », § 1 « Rôle des parties dans la détermination de la matière litigieuse », A. « Détermination de l'objet du litige », 1. « Mise en œuvre de la détermination de l'objet du litige ».

<sup>3</sup> Cf. *infra* : « L'appel ».

<sup>4</sup> Ancien article 753, alinéa 1er, du Code de procédure civile.

<sup>5</sup> Civ. 2, 6 septembre 2018, n° 17-19657 (P).

<sup>6</sup> Ancien article 753, alinéa 2, du Code de procédure civile.

<sup>7</sup> Ph. Gerbay « Le dispositif des conclusions : entre simplicité et écueils », *Gaz. Pal.* 9 février 2021, p. 13.

Les avocats ont, à dire vrai, procédé spontanément ainsi depuis la nuit des temps. Mais ériger cette structure en règle légale obligatoire témoigne d'une dérive bureaucratique inquiétante et contribue à donner l'impression que le confort des magistrats est plus important que le destin du justiciable dans l'administration de la justice.

- Formulation de moyens inédits

L'article 768, alinéa 2, du Code de procédure civile ajoute que les moyens qui n'auraient pas été formulés dans les conclusions précédentes doivent être présentés de manière formellement distincte.

- Sanction des exigences relatives à la présentation des moyens et des prétentions

L'article 768, alinéa 2, précise enfin que le tribunal ne statue que sur les prétentions énoncées au dispositif et n'examine les moyens au soutien de ces prétentions que s'ils sont invoqués dans la discussion. Ainsi le tribunal n'est-il pas saisi de prétentions uniquement formulées dans les motifs ou de moyens qui ne sont pas invoqués dans la discussion.

Cette sanction est particulièrement grave de conséquences pour le plaideur, lorsque sa prétention ou son moyen était pleinement justifié en fait comme en droit. Voilà comment le pointillisme du législateur peut servir de prétexte au juge pour commettre un déni de justice. Quant à l'avocat, il risque de voir sa responsabilité civile engagée par son client ayant perdu son procès, pour avoir commis une brouille, plutôt qu'une véritable faute professionnelle.

### χ) Conclusions récapitulatives

L'obligation d'établir des conclusions récapitulatives a causé pas mal de difficultés.

- Notion de conclusions récapitulatives

Les « conclusions récapitulatives » supposent un véritable travail de réécriture, et non une simple compilation des moyens précédemment invoqués. Toute formule de renvoi ou de référence à de précédentes écritures ne satisfait donc pas aux exigences légales et est dépourvue de portée<sup>1</sup> : la reprise des prétentions et moyens antérieurs doit être expresse<sup>2</sup>.

- Domaine de l'exigence de conclusions récapitulatives

Le second problème posé par ses conclusions récapitulatives concerne leur domaine : l'exigence de récapitulation concerne-t-elle toutes les conclusions produites ou certaines d'entre elles uniquement ? A propos de l'article 954, alinéa 3 du Code de procédure civile, la Cour de Cassation a affirmé que la récapitulation concerne « *toutes les conclusions successives en demande ou en défense qui déterminent l'objet du litige ou soulèvent un incident de nature à mettre fin à l'instance* »<sup>3</sup>. Or la solution peut être transposée à l'article 768, alinéa 3, car l'article 954, alinéa 3 précité en est l'homologue dans la procédure d'appel. Les conclusions de pure procédure échappent donc à cette obligation<sup>4</sup>.

- Sanction de l'exigence de conclusions récapitulatives

<sup>1</sup> Civ. 3, 16 février 2005, *B. III*, n° 40 ; *JCP* 2006, I, 133, n° 15, obs. L. Cadet ; *Procédures* 2005, n° 86, obs. R. Perrot ; Civ. 2, 6 octobre 2005, *B. II*, n° 238 ; *Revue huissiers* 2006, 97, obs. N. Fricero. Ces deux arrêts ont été rendus à propos de l'interprétation de l'article 954, alinéa 3, du Code de procédure civile, pendant de l'article 753, alinéa 2, pour la procédure devant la cour d'appel (*cf. texte*).

<sup>2</sup> Civ. 2, 26 juin 2014, n° 13-20393, *B. II*, n° 150 ; Civ. 2, 6 septembre 2018, n° 17-19657 (P) : arrêt concernant les conclusions d'appel et rendu en application de l'article 954 du Code de procédure civile.

<sup>3</sup> Cass. 10 juillet 2000, *B. avis*, n° 6 ; *D.* 2000, *J.* 837, note A. Lacabarats ; *JCP* 2000, II, 10404, note A. Perdriau et I, 267, n° 9, obs. L. Cadet ; *RTD civ.* 2000, 893, obs. R. Perrot ; formule identique, hormis la référence à « *toutes les conclusions successives en demande ou en défense* », in : Civ. 1, 24 septembre 2002, *Procédures* 2002, n° 223, obs. R. Perrot ; Civ. 2, 18 décembre 2008, *B. II*, n° 273 ; *Procédures* 2009, n° 36, obs. R. Perrot.

<sup>4</sup> Civ. 2, 3 mai 2001, *B. II*, n° 87 ; *D.* 2003, *J.* 99, note A. Bolze ; *JCP* 2001, I, 362, n° 16, obs. L. Cadet ; *RTD civ.* 2001, 656 et *Procédures* 2001, n° 145, obs. R. Perrot : conclusions d'incident, aux fins de rejet d'écritures tardives ; Civ. 2, 21 avril 2005, *B. II*, n° 115 ; *Procédures* 2005, n° 176, obs. R. Perrot ; Civ. 2, 9 juin 2011, n° 10-23672, *B. II*, n° 128 : conclusions se bornant à répondre aux questions précises posées par un arrêt avant-dire droit ; Civ. 2, 18 décembre 2008, préc. : conclusions sollicitant une expertise.

La sanction de l'obligation pour les parties d'établir des conclusions récapitulatives est édictée à l'article 768, alinéa 3, du Code de procédure civile : il n'est fait obligation au juge de statuer que sur les dernières conclusions, ce qui implique que les conclusions antérieures non reprises sont réputées abandonnées.

La Cour de Cassation a cependant émis une réserve, en précisant que certains effets de droit restent attachés aux conclusions que celles-ci soient ou non reprises, « *au regard notamment de l'interruption de la prescription ou de la péremption* »<sup>1</sup>. Dans le même ordre d'idée, un aveu judiciaire ne saurait, selon la jurisprudence<sup>2</sup>, être remis en cause en raison du fait qu'il aurait été contenu dans des conclusions d'appel antérieures aux dernières conclusions, sans être repris par ces dernières. En effet, un tel aveu est irrévocable (actuel article 1356, alinéa 3, nouvel article 1383-2, dernier alinéa, du Code civil).

#### δ) Annexion d'un bordereau énumérant les pièces aux conclusions

L'article 768, alinéa 1er, du Code de procédure civile exige l'annexion aux conclusions d'un bordereau récapitulatif des pièces utilisées. Ce bordereau permet au juge de vérifier les pièces communiquées et alléguées et de s'assurer qu'elles ont bien été communiquées. A l'origine, le bordereau de communication des pièces n'était qu'un moyen de transmission des pièces entre avocats.

La sanction de l'omission de cette formalité est incertaine, en l'état actuel du droit positif. A défaut de bordereau annexé, la sanction pourrait être l'irrecevabilité des conclusions, bien que des juridictions de fond saisies de la question, aient écarté cette sanction. Mais la solution la plus cohérente serait d'y voir un vice de forme, puisque telle est la qualification que la Cour de cassation a retenu à propos de l'assignation à laquelle le bordereau n'est pas annexé, en violation des dispositions de l'article 56 du Code de procédure civile<sup>3</sup>.

## 2. Rôle du juge de la mise en état

Selon l'article 785 du Code de procédure civile, le juge de la mise en état peut constater la conciliation, même partielle des parties. Il peut, à cette occasion, homologuer, à la demande des parties, l'accord qu'elles lui soumettent. Mais ses pouvoirs les plus importants sont la mise de l'affaire en état d'être jugée et le règlement des incidents.

### a. Mise en état de l'affaire

Le juge de la mise en état a une mission de contrôle effectif de la bonne marche du procès et surtout il a une mission de mise en l'état intellectuelle. Il doit prendre une connaissance personnelle des affaires qui lui ont été confiées. Dans cette mission, il a certains pouvoirs, notamment en matière de communication, d'obtention et de production des pièces (article 788 du Code de procédure civile). Il a également le pouvoir d'ordonner toutes les mesures d'instruction comme les enquêtes ou les expertises (article 789, 5°, du Code de procédure civile) et il en contrôle l'exécution (article 796 du Code de procédure civile)..

Il a aussi une mission de régulation des causes, il impose un rythme à l'instance en fixant des délais pour l'échange des conclusions et pour la communication des pièces (articles 780 et 781 du Code de procédure civile). En cas de non respect de ces délais, il peut, à titre de sanction, renvoyer l'affaire en l'état devant le tribunal et donc clôturer l'instruction (article 800 du Code de procédure civile). Lorsque le manque de diligence émane de toutes les parties, il peut aussi prononcer une radiation (article 801 du même code).

Il a aussi un pouvoir d'injonction envers les avocats qu'il peut entendre à tout moment et peut inviter à conclure ou à fournir des explications sur des questions aussi bien de fait que de droit (article 782 du même code). C'est à cette occasion qu'il peut mettre en demeure les avocats de rédiger des conclusions en conformité avec la loi, plus précisément avec l'article 768 du Code de procédure civile, dont il a déjà été parlé (article 782 précité).

### b. Règlement des incidents

<sup>1</sup> Cass. avis 10 juillet 2000, préc.

<sup>2</sup> Civ. 1, 20 mai 2003, *B. I.*, n° 117 ; *RTD civ.* 2003, 543, obs. R. Perrot et 2004, 293, obs. J. Mestre et B. Fages. Rapp., pour l'irrévocabilité de l'aveu judiciaire contenu dans des conclusions de première instance et non repris dans les dernières conclusions d'appel : Civ. 1, 13 février 2007, *B. I.*, n° 56 ; *Procédures* 2007, n° 78, obs. R. Perrot ; *Droit et patrimoine* 2008, 99, obs. S. Amrani-Mekki.

<sup>3</sup> Chainais et alii, *Procédure civile*, n° 1656. Cf. Civ. 2, 3 avril 2003, n° 00-22066, *B. II.*, n° 94 ; *Procédures* 2003, n° 132, note R. Perrot ; *Gaz. Pal.* 29 juillet 2003, note A. Bolze.

Le juge de la mise en état a également une mission de règlement des incidents, car, dès ce stade de la procédure, des incidents peuvent survenir. Il a le pouvoir de purger l'affaire des incidents procéduraux qui peuvent survenir lors de l'instruction. L'article 789 du Code de procédure civile prévoit sa compétence exclusive à cet égard dans des cas limitativement énumérés, mais qui sont fort larges :

- il peut statuer sur toutes les exceptions de procédure<sup>1</sup>, les incidents mettant fin à l'instance et les fins de non-recevoir. A cet égard, les réformes successives ont considérablement élargi ses pouvoirs. Dans le droit antérieur, il ne pouvait, notamment, selon la Cour de cassation, statuer sur les fins de non-recevoir<sup>2</sup>. Le décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019 a condamné cette jurisprudence, en lui donnant expressément ce pouvoir (article 789, 6°, du Code de procédure civile)<sup>3</sup>, dont le conseiller de la mise en état disposait déjà dans la procédure d'appel (article 914 du Code de procédure civile).

Cette innovation est lourde de conséquences<sup>4</sup>, car elle confère le pouvoir à un juge, dont le rôle devrait se restreindre à mettre l'affaire en état d'être jugée, à statuer définitivement sur cette dernière. En effet, l'accueil d'une fin de non-recevoir entraînant le rejet définitif de la demande. Certes, la décision du juge de la mise en état sera susceptible d'un appel immédiat (article 795). Mais le pouvoir qui lui a été ainsi conféré n'en est pas moins dangereux.

La deuxième Chambre civile de la Cour de cassation est intervenue néanmoins pour tempérer la portée de cette innovation en appel : le conseiller de la mise en état ne peut connaître ni des fins de non-recevoir qui ont été tranchées par le juge de la mise en état, ou par le tribunal, ni de celles qui, bien que n'ayant pas été tranchées en première instance, auraient pour conséquence, si elles étaient accueillies, de remettre en cause ce qui a été jugé au fond par le premier juge<sup>5</sup>. La deuxième Chambre civile a fondé sa décision sur les articles L. 311-1, L. 312-1 et L. 312-2 du Code de l'organisation judiciaire et 542 du Code de procédure civile, desquels il résulte que seule la cour d'appel, statuant en formation collégiale, dispose du pouvoir de réformer ou d'annuler le jugement de première instance.

Le juge de la mise en état ne peut, en revanche, se prononcer sur la nullité d'une mesure d'instruction, telle une expertise<sup>6</sup>. En effet, l'invocation d'une telle nullité constitue, selon la Cour de cassation, une défense au fond<sup>7</sup>.

Aux termes des trois derniers alinéas de l'article 789 :

*« Lorsque la fin de non-recevoir nécessite que soit tranchée au préalable une question de fond, le juge de la mise en état statue sur cette question de fond et sur cette fin de non-recevoir. Toutefois, dans les affaires qui ne relèvent pas du juge unique ou qui ne lui sont pas attribuées, une partie peut s'y opposer. Dans ce cas, et par exception aux dispositions du premier alinéa, le juge de la mise en état renvoie l'affaire devant la formation de jugement, le cas échéant sans clore l'instruction, pour qu'elle statue sur cette question de fond et sur cette fin de non-recevoir. Il peut également ordonner ce renvoi s'il l'estime nécessaire. La décision de renvoi est une mesure d'administration judiciaire. »*

*Le juge de la mise en état ou la formation de jugement statuent sur la question de fond et sur la fin de non-recevoir par des dispositions distinctes dans le dispositif de l'ordonnance ou du jugement. La formation de jugement statue sur la fin de non-recevoir même si elle n'estime pas nécessaire de statuer au préalable sur la question de fond. Le cas échéant, elle renvoie l'affaire devant le juge de la mise en état.*

*Les parties ne sont plus recevables à soulever ces fins de non-recevoir au cours de la même instance à moins qu'elles ne surviennent ou soient révélées postérieurement au dessaisissement du juge de la mise en état. »*

L'article 789 introduit ainsi une limite au pouvoir du juge de la mise en état de statuer sur une fin

<sup>1</sup> Cf. Com. 7 janvier 2014, n° 11-24157, B. IV, n° 5 ; JCP 2014, 436, n° 6, obs. S. Amrani-Mekki.

<sup>2</sup> Cass. avis 13 novembre 2006, B. avis, n° 10 ; D. 2007, Pan. 1382, obs. P. Julien ; JCP 2007, II, 10027, note O. Salati ; RTD civ. 2007, 177, obs. R. Perrot ; Cass. avis 13 février 2012, B. avis, n° 1 ; Civ. 2, 18 décembre 2008, B. II, n° 272 ; RTD civ. 2009, 712, obs. R. Perrot et Civ. 2, 13 octobre 2016, n° 15-24932, B. II, n° 230, statuant sur les pouvoirs analogues du conseiller de la mise en état.

<sup>3</sup> M. Kebir « Promotion de la mise en état conventionnelle et extension des pouvoirs du JME », *Dalloz Actualités* 20 janvier 2020, dossier *Réforme de la procédure civile*.

<sup>4</sup> S. Amrani-Mekki « Nouvelles réformes de procédure civile – Vous avez dit simplification ? », *JCP* 20 janvier 2020, *doctr.* 75, n° 22.

<sup>5</sup> Civ. 2, 3 juin 2021 (avis), n° 21-70006 (P) ; *Lettre C2* n° 2, juillet 2021, p. 5.

<sup>6</sup> Civ. 2, 31 janvier 2013, n° 10-16910, B. II, n° 20 ; D. 2013, 372 et 2802, I, D, obs. critiques J.-D. Bretzner ; *Procédures* 2013, n° 98, obs. R. Perrot.

<sup>7</sup> Civ. 1, 30 avril 2014, n° 12-21484, B. I, n° 75 ; D. 2015, 297, obs. N. Fricero ; *ibid.* 655, obs. M. Douchy-Oudot ; *Gaz. Pal.* 10-12 août 2014, p. 33, obs. X. Leducq ; *ibid.* 9 septembre 2014, p. 11, note S. Amrani-Mekki ; *Procédures* 2014, n° 164, note critique R. Perrot ; *LPA* 31 mars 2015, p. 10, note C. Blarlinghem-Levêque.

de non-recevoir : s'il lui faut, pour se prononcer, trancher au préalable une question de fond, une partie peut s'y opposer, lorsque, du moins, le litige n'est pas jugé à juge unique ou que l'affaire ne lui est pas attribuée.

- Il statue sur toutes les mesures conservatoires ou provisoires.
- Enfin, il a le pouvoir d'allouer une provision au créancier.

Aux termes de l'article 791 du Code de procédure civile, les parties saisissent le juge de la mise en état d'un incident ou d'une demande au sujet duquel il a pouvoir pour statuer, « *par des conclusions qui lui sont spécialement adressées distinctes des conclusions au sens de l'article 768* » (i.e. les conclusions adressées au tribunal lui-même). Ne le feraient-elles pas, qu'elles s'exposeraient à voir déclarer leurs conclusions irrecevables.

### c. Décisions prises par le juge de la mise en état

Dans l'exercice de ces missions, le juge de la mise en état peut prendre deux types de décisions, des décisions d'ordre juridictionnel et des mesures d'administration judiciaire.

#### α) Décisions d'ordre juridictionnel

Ce sont des ordonnances, qui doivent être motivées et rendues en respectant le contradictoire. Elles n'ont pas autorité de chose jugée au principal, sauf si elles statuent sur une exception de procédure<sup>1</sup> ou une fin de non-recevoir ou bien sur un incident mettant fin à l'instance (article 794 du Code de procédure civile). Dans certaines circonstances, ces ordonnances peuvent faire l'objet d'un appel dans les 15 jours de leur notification (article 795). Dans tous les autres cas, les appels ou pourvois contre ces ordonnances ne pourront être exercés qu'avec le jugement sur le fond (même texte).

Plus précisément, l'article 795 précité précise que les ordonnances du juge de la mise en état peuvent être frappées d'un appel immédiat :

- « *dans les cas et conditions prévues en matière d'expertise ou de sursis à statuer* » (article 795, alinéa 3)
- à la condition de le faire dans les quinze jours de la signification de l'ordonnance, lorsque (article 795, alinéa 4) :
  - « *1° elles statuent un incident mettant fin à l'instance, elles ont pour effet de mettre fin à celle-ci ou elles en constatent l'extinction ;*
  - « *2° elles statuent sur une exception de procédure<sup>2</sup> ou une fin de non-recevoir ; lorsque la fin de non-recevoir a nécessité que soit tranchée au préalable une question de fond, l'appel peut porter sur cette question de fond ;*
  - « *3° elles ont trait aux mesures provisoires ordonnées en matière de divorce ou de séparation de corps ;*
  - « *4° dans le cas où le montant de la demande est supérieur au taux de compétence en dernier ressort, elles ont trait aux provisions qui peuvent être accordées au créancier au cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable. »*

S'agissant du cas prévu à l'article 795, alinéa 4, 1°, mettant fin à une controverse doctrinale portant sur l'interprétation du texte, la Cour de cassation en a privilégié une lecture extensive, en décidant que l'appel immédiat était possible dès lors que le juge de la mise en état statue sur un incident de nature à mettre fin à l'instance, qu'il ait accueilli cet incident ou qu'il l'ait, au contraire, rejeté<sup>3</sup>. Si une interprétation restrictive avait en effet prévalu, le texte en aurait été réduit à faire double emploi avec l'article 544, alinéa 2, du Code de procédure civile, lequel énonce qu'est susceptible d'un appel immédiat « *le jugement qui statue sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout autre incident, met fin à l'instance* ».

<sup>1</sup> Qu'en ce cas, elles mettent, ou non, fin à l'instance : Civ. 2, 23 juin 2016, n° 15-13483, B. II, n° 171 ; D. 2016, 1439 ; JCP 2016, doctr. 1296, n° 7, obs. L. Mayer ; Procédures n° 10, octobre 2016, comm.279, note Y. Strickler ; Civ. 2, 9 janvier 2020, n° 18-21997 (P) ; Gaz. Pal. 28 avril 2020, p. 54, obs. N. Hoffschir.

<sup>2</sup> D'où la Cour de cassation (Civ. 2, 31 janvier 2013, n° 11-25242, B. II, n° 18 ; Procédures 2013, n° 102 ; Dr. et procédure 2013, 110, note O. Salati ; JCP 2013, 519, note Y.-M. Serinet ; Civ. 2, 19 mars 2015, n° 14-15610, B. II, n° 66 ; adde : Civ. 1, 14 mai 2014, n° 13-14953, B. I, n° 88 ; AJ fam. 2014, 571, note D. Thouret) déduisait que l'ordonnance du juge de la mise en état se prononçant sur une exception d'incompétence n'était jamais susceptible de contredit. Mais, désormais, d'une manière générale, la décision de première instance statuant sur un incident de compétence ne peut plus être critiquée que par la voie de l'appel, ce qui rend cette jurisprudence caduque (cf. supra : 1ère partie « L'accès au juge », titre II « La compétence », chap. III « Règlement des incidents de compétence », section I « Incompétence de la juridiction saisie », § 2 « Règlement de l'incident », B. « Recours contre la décision de première instance »).

<sup>3</sup> Civ. 2, 11 juillet 2013, n° 12-15994, B. II, n° 156 ; D. 2013, 1840 ; D. 2014, 571, n° 8, obs. E. de Leiris.

### β) Mesures d'administration judiciaire

Ces mesures peuvent être diverses : verbales, versées au dossier ou lettres. Conformément aux dispositions de l'article 537 du Code de procédure civile, elles sont insusceptibles de recours.

### 3. Ordonnance de clôture de l'instruction

Lorsque le juge de la mise en l'état l'a décidé, il ordonne la clôture de l'instruction (article 799, alinéa 1er, du Code de procédure civile). La clôture est prononcée par une ordonnance non motivée qui ne peut être frappée d'aucun recours (article 798 du Code de procédure civile). Copie de cette ordonnance est délivrée aux avocats (même texte).

Cette mesure consistant à clore l'instruction crystallise le litige. Par conséquent, à compter de son prononcé il est interdit de déposer de nouvelles conclusions ou de produire de nouvelles pièces, à peine d'irrecevabilité prononcée d'office (article 802, alinéa 1er, du Code de procédure civile)<sup>1</sup>. Seules échappent à ce principe d'irrecevabilité certaines demandes limitativement énumérées (article 802, alinéas 2 et 3)<sup>2</sup>.

La règle sévère de l'article 802, alinéa 1er, est néanmoins tempérée dans certains cas, où on peut soit rouvrir l'instruction, soit révoquer l'ordonnance de clôture.

Tout d'abord, l'article 803 du Code de procédure civile, texte essentiel, permet notamment de révoquer l'ordonnance en cas de cause grave survenue depuis la clôture.

La révocation de l'ordonnance de clôture relevant des pouvoirs propres du juge de la mise en état, ne peut être remise en cause devant la formation collégiale du tribunal judiciaire<sup>3</sup>.

Cette révocation doit intervenir avant la clôture des débats ou, sinon, s'accompagner de leur réouverture, de manière à respecter le principe contradictoire, de sorte qu'une même décision ne peut simultanément révoquer l'ordonnance de clôture et statuer sur le fond du litige<sup>4</sup>.

Ensuite, pour essayer de ne pas prendre les avocats par surprise, il est possible de retarder le prononcé de cette ordonnance de clôture : c'est toute la question du report de l'ordonnance de clôture, à ne pas confondre avec sa révocation. Concrètement, lorsque le juge de la mise en l'état estime l'affaire prête, il envoie un bulletin aux avocats pour les prévenir de la date de clôture de l'instruction. Si au cours de cette période, une des parties fait un nouvel acte de procédure, il faut que le juge laisse répondre l'autre partie en repoussant au besoin l'audience.

### C. Débats

Cette phase de débats précède le jugement. Elle est gouvernée par deux notions essentielles : le respect du principe du contradictoire et les plaidoiries. Mais la réalité est bien différente. Faute de temps, les plaidoiries tendent à s'étioler. On peut le regretter, car les plaidoiries permettent d'établir un lien entre le justiciable et le juge, au lieu que celui-ci se borne à un examen impersonnel du dossier, à travers l'analyse des écritures et des pièces produites<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Civ. 2, 16 juillet 1979, n° 77-15659, B. II, n° 222 ; RTD civ. 1980, 614, obs. J. Normand ; Civ. 2, 27 mai 1983, n° 82-12235, B. II, n° 115 ; Civ. 2, 21 octobre 1987, n° 86-12396, B. II, n° 205 ; RTD civ. 1987, 144, obs. R. Perrot ; Civ. 2, 11 juillet 1994, n° 92-21388, B. II, n° 185 ; Civ. 2, 7 décembre 1994, n° 92-20661, B. II, n° 258 ; JCP 1995, II, 22458, note E. du Rusquec ; Civ. 1, 11 juin 2008, n° 07-19558, B. I, n° 169 ; D. 2009, Pan. 53, obs. M. Douchy-Oudot. Le juge qui relève d'office l'irrecevabilité de conclusions déposées après l'ordonnance de clôture, n'a pas à inviter les parties à présenter préalablement leurs observations en application de l'article 16, alinéa 3, du Code de procédure civile (Civ. 2, 11 mars 1992, Gaz. Pal. 7-9 février 1993, obs. D. Ferrand et T. Moussa).

<sup>2</sup> L'énumération des demandes échappant à l'irrecevabilité figurant aux alinéas 2 et 3 de l'article 783 est d'interprétation stricte (Civ. 3, 9 février 1977, D. 1977, IR 264, obs. P. Julien ; Civ. 2, 6 juillet 1983, Gaz. Pal. 1984, 1, Pan.11, obs. S. Guinchard).

<sup>3</sup> Civ. 2, 1er mars 2018, n° 17-11284, B. II, n° 41 : révocation de l'ordonnance de clôture par le conseiller de la mise en état devant la cour d'appel, dont les pouvoirs, à cet égard, sont les mêmes que ceux du juge de la mise en état devant le tribunal judiciaire, l'article 907 du Code de procédure civile renvoyant aux articles 780 à 807 du même code.

<sup>4</sup> Civ. 2, 1er mars 2018, n° 16-27592, B. II, n° 40.

<sup>5</sup> J. Villacèque « Le style et l'éloquence judiciaire, entre tradition et révolution », in : *Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 1023 et suiv. ; Ch. Lhermitte « Plaidoyer pour une réforme de la plaidoirie », *Gaz. Pal.* 31 mai 2016, p. 12 ; B. Belval « La justice par KO technique, ou le refus de la disparition de la plaidoirie », *Gaz. Pal.* 5 mai 1920, p. 8. Cf. *supra* : titre I « Le cadre juridique de l'instance », chap. 2 « Principes directeurs du procès », section 4 « Principes d'oralité et de publicité des débats ».

En tout cas, ce dépérissement des plaidoiries est favorisé par le Code de procédure civile qui permet :

- soit, si les avocats ne s'y opposent pas, d'effectuer des plaidoiries devant le juge de la mise en l'état, lequel rendra compte à ses collègues appelés à statuer (article 805 du Code de procédure civile) ;
- soit même, à la demande des avocats, sur décision du président ou du juge de la mise en état s'il a reçu délégation à cet effet, après accord, le cas échéant, du ministère public, de remettre les dossiers au greffe de la chambre à la date qu'il fixe, quand il apparaît que « *l'affaire ne requiert pas de plaidoiries* » (article 799, alinéa 3, du Code de procédure civile).

### 1. Ouverture des débats

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

### 2. Déroulement des débats

Le déroulement des débats obéit à certaines règles fondamentales et d'organisation.

#### a. Règles fondamentales gouvernant les débats

- Les débats ont lieu en langue française qui est la langue de la république : cependant, si le juge maîtrise la langue de l'une des parties, il peut parfaitement se passer d'un interprète. Ces débats sont oraux et publics, sauf lorsque la loi exige qu'ils aient lieu en chambre du conseil (article 433 du Code de procédure civile).
- Ils sont dirigés par le président qui seul a le pouvoir de donner la parole aux uns et aux autres (article 440 du Code de procédure civile).
- C'est également le président qui détient le pouvoir de « police » (article 438, alinéa 1er, du Code de procédure civile), c'est-à-dire tout simplement le fait qu'il puisse imposer une attitude de dignité et de respect des juges, aussi bien aux parties qu'au public (article 439). A ce sujet, on voit certaines audiences perturbées par les parties et par le public et l'autorité de la justice s'en ressent considérablement, même s'il est vrai que cela concerne prioritairement les juridictions pénales.
- Dès lors qu'il y a un incident, celui-ci va être répertorié sur le registre d'audience. En théorie, ces débats devraient s'achever lors de la première audience, mais l'article 432, alinéa 1er, prévoit qu'ils peuvent être poursuivis au cours d'audiences ultérieures, dont on planifie les dates.

#### b. Organisation des débats

Innovation due au décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005, l'audience débute désormais par un rapport oral d'un magistrat, destiné à présenter objectivement l'affaire et ainsi à mieux préparer les débats (article 804 du Code de procédure civile). Ce rapport ne doit pas faire connaître l'avis du magistrat qui en est l'auteur (même texte, alinéa 2). Le juge rapporteur est généralement le juge de la mise en l'état. Afin de faciliter l'établissement de son rapport, le juge de la mise en état peut exiger des parties qu'elles déposent au préalable leur dossier au greffe, comprenant notamment les pièces produites, à la date qu'il fixe (article 799, alinéa 2), pour qu'il puisse en prendre connaissance à l'avance.

Après le rapport, les plaidoiries commencent. La parole est d'abord donnée à l'avocat du demandeur puis à celle du défendeur, sachant qu'ils peuvent, bien entendu, se réfuter. Les parties elles-mêmes ne sont pas exclues de ces débats, elles peuvent présenter des observations orales, mais à la condition d'en avoir fait la demande et d'être assistées de leurs représentants (article 441, alinéa 1er). Le président peut retirer la parole à une partie, surtout lorsqu'il constate que, sous le coup de la passion ou de l'inexpérience, elle se saborde (article 441, alinéa 2).

Le ministère public peut intervenir. S'il est partie principale, il occupe la position soit de demandeur

soit de défendeur. Par conséquent, il prendra la parole comme un plaideur ordinaire. S'il intervient comme partie jointe, il n'intervient que pour donner un avis quant à la solution du litige et dans cette hypothèse, il intervient en dernier lieu (article 443).

### 3. Clôture et réouverture éventuelle des débats

A qui incombe l'initiative de la clôture et de la réouverture des débats ? Quelles sont les conséquences de la clôture des débats ?

#### a. Initiative de la clôture et de la réouverture des débats

Le président arrête les débats, sa décision vaut clôture. Néanmoins, l'article 444 du Code de procédure civile l'autorise à rouvrir les débats à titre facultatif si un élément nouveau et décisif est porté à sa connaissance et à titre obligatoire lorsque les parties n'ont pas été à même de s'expliquer contradictoirement ou en cas de changement survenu dans la composition de la juridiction au cours de ces débats<sup>1</sup>.

#### b. Conséquences de la clôture des débats : mise de l'affaire en délibéré

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

## § 2 Les procédures contentieuses écrites spéciales

On peut distinguer les procédures spéciales subordonnées à l'accord des parties, la procédure suivie devant un juge unique, les procédures écrites accélérées.

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

Il s'agit essentiellement de la procédure sur requête conjointe, de la procédure avec convention de procédure participative aux fins de mise en état et de la procédure sans audience.

#### 1. La procédure sur requête conjointe

Cette procédure témoigne d'une volonté de coopération des parties, puisqu'elle offre à ces parties la possibilité d'introduire l'instance ensemble. Elle va être engagée par une requête, laquelle est le fruit, en quelque sorte, d'un accord des parties sur les limites de leur désaccord : les parties s'entendent, en réalité, sur ce qui les oppose. Par exemple, en matière d'assurance, il est courant que l'on soit d'accord sur l'obtention d'une indemnité, mais que l'on ne s'entende pas sur son montant.

On envisagera successivement la forme et l'objet de la requête, puis la manière dont la saisine du tribunal s'opère dans la procédure sur requête conjointe.

#### a. Forme et objet de la requête

Cette requête s'effectue facilement, mais dans la mesure où elle constitue un acte introductif d'instance, elle doit contenir un certain nombre de mentions énoncées aux articles 54 et 57 du Code de procédure civile. Le plus important est de retenir que, selon l'article 757, dernier alinéa, cette

<sup>1</sup> La décision présidentielle de rouvrir les débats est, selon la Cour de cassation (Civ. 2, 28 septembre 2017, n° 16-23497, B. II, n° 185 ; Civ. 2, 16 mai 2019, n° 18-10825 (P)), une mesure d'administration judiciaire, partant insusceptible de recours conformément à l'article 537 du Code de procédure civile. Sur la notion de mesure d'administration judiciaire et son régime, cf. not. *infra* : 3ème partie « Le dénouement du procès », titre I « Le jugement », chap. I « Notion de jugement », section I « Actes juridictionnels et actes non juridictionnels », § 1 « Actes non juridictionnels », A. « Mesures d'administration judiciaire ».



requête vaut conclusions, à l'instar d'une assignation. Aussi doit-on y trouver les éléments de fait, de droit et de preuve (article 57, alinéas 1er et antépénultième). Le ministère d'avocat étant en principe obligatoire devant le tribunal judiciaire, la requête doit en outre, à peine d'irrecevabilité, mentionner la constitution des avocats des parties (article 757, alinéa 4 du Code de procédure civile). Enfin, elle doit être signée par les avocats constitués (même texte).

b. Saisine du tribunal

Il n'y a pas d'obligation de délai, aucune obligation de placer la requête aux fins d'enrôlement dans les quatre mois, comme pour l'assignation. La saisine du tribunal s'opère par la simple remise de la requête au greffe (article 756, alinéa 1er, du Code de procédure civile). L'affaire suivra ensuite la procédure ordinaire, sous cette réserve que, dès leur requête conjointe, les requérants peuvent demander que l'affaire soit attribuée à un juge unique, ou renoncer à la faculté de demander le renvoi à la formation collégiale (article 759 du Code de procédure civile)<sup>1</sup>.

2. La procédure avec convention de procédure participative aux fins de mise en état<sup>2</sup>

On expliquera l'objet de la convention de procédure participative aux fins de mise en état, sa conclusion et ses effets.

a. Objet de la convention de procédure participative aux fins de mise en état

La convention de procédure participative aux fins de mise en état permet aux parties, représentées par leurs avocats, de mettre elles-mêmes leur litige en état d'être jugé, au lieu que l'instruction soit mise en œuvre par le juge de la mise en état.

b. Conclusion de la convention de procédure participative aux fins de mise en état

Pareille convention peut être conclue à deux moments différents.

- Elle peut intervenir dès l'audience d'orientation<sup>3</sup>. En effet, après avoir indiqué que, lors de l'audience d'orientation, le président de chambre confère de l'état de la cause avec les avocats présents, l'article 777 du Code de procédure civile dispose qu'il leur demande notamment s'ils envisagent de conclure une convention de procédure participative aux fins de mise en état. Dans l'affirmative, la conclusion de la procédure participative intervient *ab initio*.
- Mais la convention de procédure participative peut aussi intervenir ultérieurement, alors que la mise en état est déjà engagée. En effet, l'article 1546-1 du Code de procédure civile dispose que les parties peuvent la conclure à tout moment de l'instance.

c. Effets de la convention de procédure participative aux fins de mise en état

Selon l'article 1546-1 du Code de procédure civile, lorsque les parties et leurs avocats justifient avoir conclu une convention de procédure participative aux fins de mise en état, le juge peut, à leur demande, fixer la date de l'audience de clôture de l'instruction et la date de l'audience de plaidoiries. Il renvoie l'examen de l'affaire à la première de ces deux audiences. A défaut de demande en ce sens, le juge ordonne le retrait du rôle.

Aux termes de l'article 369, dernier alinéa, du Code de procédure civile, la conclusion d'une convention de procédure participative aux fins de mise en état a pour effet d'interrompre l'instance « *y compris en cas de retrait du rôle* ».

Cette disposition est importante, car l'interruption de l'instance emporte interruption du délai de péremption (article 392 du Code de procédure civile). Ainsi la conclusion d'une convention de procédure participative aux fins de mise en état du litige ne fait-elle pas courir le risque aux parties d'une extinction de l'instance par péremption, pour n'avoir pas accompli de diligences procédurales

<sup>1</sup> Cf. *infra* : 2, a, a.

<sup>2</sup> M. Kebir « Promotion de la mise en état conventionnelle et extension des pouvoirs du JME », *Daloz Actualité* 20 janvier 2020 ; S. Amrani-Mekki « Nouvelles réformes de procédure civile – Vous avez dit simplification ? », *JCP* 20 janvier 2020, *doctr.* 75, n° 21 et suiv. ; B. Beignier et V. Egea « Tribunal judiciaire – La nouvelle organisation judiciaire et les compétences juridictionnelles », *Procédures* mars 2020, étude 2, n° 24 et suiv.

<sup>3</sup> Cf. *supra* : § 1 « La procédure contentieuse écrite ordinaire », A. « Introduction de l'instance », 3. « Saisine du tribunal (placement et enrôlement) », b. « Conséquence du placement de l'affaire », β) « Orientation de l'affaire ».

pendant deux ans (article 386 du Code de procédure civile). L'article 392, dernier alinéa, confirme d'ailleurs expressément la solution, en prévoyant qu' « un nouveau délai (i.e. de péremption) court à l'extinction de la procédure participative de mise en état ». Les parties disposent donc d'un temps de répit durant lequel elles pourront tenter de recourir à la procédure participative sans craindre la péremption de l'instance.

Aux termes de l'article 1546-1, alinéa 2, du Code de procédure civile :

*« Les parties ont, à tout moment, la possibilité de renoncer expressément à se prévaloir de toute fin de non-recevoir, de toute exception de procédure et des dispositions de l'article 47, à l'exception de celles qui surviennent ou sont révélées postérieurement à la signature de la convention de procédure participative. »*

### 3. La procédure sans audience<sup>1</sup>

Le décret du 11 décembre 2019 a introduit la procédure sans audience dans le Code de l'organisation judiciaire et dans le Code de procédure civile. Mais cette procédure était connue de la pratique, où les avocats se bornaient à déposer leurs dossiers au lieu de plaider l'affaire, lorsqu'ils en tombaient d'accord et que leurs clients ne s'y opposaient pas. Il s'agit donc d'une codification d'une pratique antérieure.

Aux termes de l'article L. 212-5-1 du Code de l'organisation judiciaire :

*« Devant le tribunal judiciaire, la procédure peut, à l'initiative des parties lorsqu'elles en sont expressément d'accord, se dérouler sans audience. En ce cas, elle est exclusivement écrite.*

*Toutefois, le tribunal peut décider de tenir une audience s'il estime qu'il n'est pas possible de rendre une décision au regard des preuves écrites ou si l'une des parties en fait la demande. »*

On évoquera successivement le domaine d'application de la procédure sans audience et sa mise en œuvre.

#### a. Domaine de la procédure sans audience

En réalité, la procédure sans audience est possible que la représentation par avocat soit ou non obligatoire et que la procédure soit initialement écrite ou orale. Cela étant, si la procédure était orale, l'option pour une procédure sans audience la transforme en procédure écrite (article L. 212-5-1, alinéa 1er, du Code de l'organisation judiciaire). Telle est la raison pour laquelle on traite de la procédure sans audience à propos de la procédure écrite.

#### b. Mise en œuvre de la procédure sans audience

La condition fondamentale à laquelle l'emploi de cette procédure est subordonné est l'accord exprès des parties (article L. 212-5-1, alinéa 1er, du Code de l'organisation judiciaire). Le demandeur peut indiquer son accord dans l'assignation (article 753, alinéa 2, du Code de procédure civile) et le requérant dès la requête introductive d'instance (article 757, alinéa 2, du Code de procédure civile). Il peut aussi le manifester en cours de procédure. Le défendeur, quant à lui, peut donner son accord dès sa constitution d'avocat (article 764, alinéa 2, du Code de procédure civile).

- Dans le cas d'une procédure écrite, lorsque les parties ont donné leur accord pour que la procédure se déroule sans audience, le président (article 778, alinéa 5, du Code de procédure civile) fixe la date pour le dépôt des dossiers au greffe de la chambre. Ensuite, le greffier en avise les parties et, le cas échéant, le ministère public et les informe du nom des juges de la chambre qui seront amenés à délibérer et de la date à laquelle le jugement sera rendu (même texte).

Si l'affaire était instruite sous l'égide d'un juge de la mise en état, c'est lui qui, une fois qu'il a déclaré l'instruction close, fixe la date du dépôt des dossiers au greffe de la chambre (article 799, alinéa 3, du Code de procédure civile). Le greffier en avise ensuite les parties et, le cas échéant, le ministère public (même texte). Enfin, le président de la chambre, à l'expiration du délai prévu pour la remise des dossiers, informe les parties du nom des juges de la chambre qui seront amenés à délibérer et de la date à laquelle le jugement sera rendu (article 806, alinéa 1er, du Code de procédure civile).

<sup>1</sup> A. Bolze « Extension de la représentation obligatoire par avocat et procédure sans audience », *Dalloz Actualités* 20 janvier 2020, dossier *Réforme de la procédure civile*.

- Dans le cas d'une procédure initialement orale, à tout moment les parties peuvent expressément donné leur accord pour que la procédure se déroule sans audience (article 828, alinéa 1er, du Code de procédure civile). L'article 828, alinéa 2, en indique les conséquences, en transformant la procédure orale en une procédure écrite au formalisme et à la « mise en état » allégés :

*« Dans ce cas, le juge organise les échanges entre les parties. Celles-ci formulent leurs prétentions et leurs moyens par écrit. La communication entre elles est faite par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par notification entre avocats et il en est justifié auprès du juge dans les délais qu'il impartit. Le juge fixe la date avant laquelle les parties doivent communiquer au greffe leurs prétentions, moyens et pièces. A cette date, le greffe informe les parties de la date à laquelle le jugement sera rendu. Celui-ci est contradictoire. »*

Néanmoins le juge peut décider de tenir une audience s'il estime qu'il n'est pas possible de rendre une décision au regard des preuves écrites ou si l'une des parties en fait la demande (article 828, alinéa 3).

Si les parties consentent au déroulement de la procédure sans audience en cours d'instance, elles doivent remettre ou adresser au greffe une déclaration satisfaisant aux exigences de forme de l'article 829 du Code de procédure civile.

A peine de nullité, cette déclaration comporte donc :

- 1° Pour les personnes physiques : l'indication des nom, prénoms, profession, domicile, nationalité, date et lieu de naissance ;
- 2° Pour les personnes morales : l'indication de leur forme, leur dénomination, leur siège social et de l'organe qui les représente légalement.

Elle est écrite, datée et signée de la main de son auteur. Celui-ci doit lui annexer, en original ou en photocopie, tout document officiel justifiant de son identité et comportant sa signature.

## B. La procédure suivie devant un juge unique

C'est une exception à la tradition de collégialité, laquelle reste officiellement le principe (article L. 212-1 du Code de l'organisation judiciaire). Elle a pris néanmoins une telle envergure, qu'on peut se demander si l'exception n'a pas fini par emporter le principe.

### 1. Domaine d'application de la procédure à juge unique

On trouve le juge unique un peu partout dans les matières spécialisées. On le trouve aussi devant le tribunal judiciaire, dans deux séries d'hypothèses, qu'il convient de rappeler<sup>1</sup>.

#### a. Tribunal judiciaire statuant à juge unique sur décision préalable

La décision préalable émane du président ou du délégué de celui-ci. Cette décision peut être prise « en toute matière » (article R. 212-9, alinéa 1er, du Code de l'organisation judiciaire).

Néanmoins, selon l'article L. 212-2, alinéa 2, du Code de l'organisation judiciaire :

*« Dans les matières disciplinaires ou relatives à l'état des personnes, sous réserve des dispositions particulières aux matières de la compétence du juge aux affaires familiales et du juge des contentieux de la protection mentionné à l'article L. 213-4-1, le tribunal judiciaire ne peut statuer à juge unique. »*

#### b. Tribunal judiciaire statuant à juge unique de plein droit

Pour mémoire, on rappellera que le tribunal judiciaire statue également à juge unique de plein droit dans différentes matières, assez nombreuses du reste. Les parties n'ont alors, bien évidemment, pas à donner leur accord. L'article R. 212-8 du Code de l'organisation judiciaire dresse la liste de ces matières. Le tribunal judiciaire connaît notamment à juge unique :

- des litiges auxquels peuvent donner lieu les accidents de la circulation terrestre ;

<sup>1</sup> Cf. *supra* : 1ère partie « L'accès au juge », titre II « La compétence », chap. I « Détermination de la compétence », section I « Détermination de la compétence d'attribution », § 2 « Compétence d'attribution à raison de la matière ».

- des actions patrimoniales, en matière civile et commerciale, jusqu'à la valeur de 10.000 euros et des demandes indéterminées qui ont pour origine l'exécution d'une obligation dont le montant n'excède pas 10.000 euros ;
- Des demandes en reconnaissance et en exequatur des décisions judiciaires et actes publics étrangers ainsi que des sentences arbitrales françaises ou étrangères ;
- Des ventes de biens de mineurs et de celles qui leur sont assimilées ;
- Des matières relevant de la compétence des chambres de proximité.

Aux termes de l'article R. 212-8, dernier alinéa, cependant : « *Le juge peut toujours renvoyer une affaire en l'état à la formation collégiale. Cette décision est une mesure d'administration judiciaire.* » La qualification de sa décision de mesure d'administration judiciaire exclut tout recours d'une partie à l'encontre de celle-ci (article 537 du Code de procédure civile).

Par ailleurs, rappelons-le, le tribunal judiciaire connaît un certain nombre de juges uniques *ad hoc* : juge aux affaires familiales, juge des enfants, juge de l'expropriation, juge des contentieux de la protection<sup>1</sup>...

## 2. Mise en œuvre de la procédure à juge unique

Les articles 812 à 816 du Code de procédure civile réglementent la procédure d'attribution d'une affaire à un juge unique, lorsqu'elle n'est pas de plein droit. L'intérêt tient à ce que ce juge unique se voit conférer les pouvoirs de la mise en l'état et ensuite ceux du tribunal (article 813 du Code de procédure civile).

Cette attribution de l'affaire à un juge unique sur décision du président ou de son délégué n'est pas nécessairement définitive.

- D'une part, en effet, « *Le renvoi à la formation collégiale peut être décidé par le président ou son délégué soit à la demande du juge saisi, soit d'office. Cette décision est une mesure d'administration judiciaire* » (article R. 212-9, alinéa 2, du Code de l'organisation judiciaire). Dans cette hypothèse, le renvoi à la formation collégiale « *peut être décidé à tout moment* » (article 815, alinéa 2, du Code de procédure civile).
- D'autre part, aux, selon l'article L. 212-2 du Code de l'organisation judiciaire, le renvoi à la formation collégiale peut être également décidé « *à la demande d'une des parties* ». Cette demande doit, à peine de forclusion, être formulée dans un délai de quinze jours courant à compter de la réception de l'avis (article 815 du Code de procédure civile) adressé aux avocats constitués ou, dans les matières dispensées du ministère d'avocat, aux parties par lettre recommandée A.R. (article 814 du Code de procédure civile).

Toutefois, dans le droit antérieur, le renvoi à la formation collégiale à la demande d'une partie était de droit : le juge ne pouvait s'y opposer. Au contraire, en sa rédaction actuelle, issue du décret du 11 décembre 2019, l'article L. 212-2 prévoit non seulement que le renvoi à la formation collégiale à la demande d'une partie est facultatif pour le juge, mais encore que sa décision est une « *mesure d'administration judiciaire qui n'est pas susceptible de recours* »<sup>2</sup>, alors pourtant qu'elle peut faire considérablement grief à une des parties. Ainsi la procédure à juge unique peut-elle être désormais imposée aux parties. Le principe affirmé par l'article L. 212-1, selon lequel « *le tribunal judiciaire statue en formation collégiale, sous réserve des exceptions tenant à l'objet du litige ou à la nature des questions à juger* » risque de devenir théorique.

Cette regrettable modification participe d'un mouvement d'ensemble tendant à réduire les prérogatives des parties et de leurs conseils, dont on fait de moins en moins de cas, comme si la justice n'était pas, avant tout, au service des justiciables.

## C. Les procédures contentieuses écrites accélérées

On traitera successivement du circuit court et de la procédure d'urgence à jour fixe.

### 1. Le circuit court

<sup>1</sup> *Ibid.*

<sup>2</sup> A. Touzain « Les aspects procéduraux de la réforme de la justice », *JCP* N 15 avril 2019, 1161, n° 17.

Le président va regarder l'affaire. S'il constate qu'elle est en état d'être jugé au seul échange des conclusions il peut renvoyer à l'affaire de l'audience des plaidoiries sans autre forme d'instruction (article 778 du Code de procédure civile). Cette possibilité existe parce que l'assignation vaut conclusions (article 56, dernier alinéa, du Code de procédure civile) et parce qu'un délai plus ou moins long peut s'écouler entre l'assignation et le jour où l'affaire est appelée.

L'emploi de cette procédure implique que des deux côtés, les avocats et leurs clients aient eut le temps de préparer leur dossier. Il suppose donc que l'affaire soit simple. Il est rare en pratique.

## 2. La procédure d'urgence à jour fixe

Dans les matières relevant de la procédure écrite ordinaire, le demandeur peut être autorisé, en cas d'urgence, à assigner le défendeur à un jour fixe (articles 840 à 844 du Code de procédure civile)<sup>1</sup>. Cette procédure permet donc de fixer immédiatement la date à laquelle l'affaire sera plaidée au fond. On se dispense ainsi de l'inscription au rôle et de tout ce que cela implique.

On traitera des conditions et du déroulement de la procédure d'urgence à jour fixe.

### a. Conditions de la procédure d'urgence à jour fixe

Les conditions du recours à la procédure sont précises (article 840, alinéa 1er, du Code de procédure civile)<sup>2</sup> : il faut une urgence caractérisée et l'autorisation préalable du président du tribunal.

### b. Déroulement de la procédure d'urgence à jour fixe

La procédure se déroule en deux temps.

#### α) Requête à fin d'assigner à jour fixe et ordonnance autorisant le demandeur

La procédure suppose le dépôt d'une requête à fin d'assigner à jour fixe, laquelle « *doit exposer les motifs de l'urgence, contenir les conclusions du demandeur et viser les pièces justificatives* » (article 840, alinéa 2, du Code de procédure civile)<sup>3</sup>. « *Copie de la requête et des pièces doit être remise au président pour être versée au dossier du tribunal* » (article 840, alinéa 3).

Contrairement aux autres actes de procédure accomplis dans la procédure écrite contentieuse avec ministère d'avocat obligatoire, la requête n'est pas remise au greffe par voie électronique. Sa copie, accompagnés des pièces justificatives, est donc remise au président du tribunal judiciaire sur support papier (articles 840, alinéa 3, et 850, alinéa 1er, combinés).

Après vérification des conditions requises par la loi, le président rend une ordonnance par laquelle il donne son autorisation, en fixant la date de l'audience des débats et en désignant, « *s'il y a lieu, la chambre à laquelle l'affaire est distribuée* » (article 840, alinéa 1er). Selon la jurisprudence, cette ordonnance n'est qu'un acte d'administration judiciaire, comme tel insusceptible de recours et ne pouvant faire l'objet d'un référé-rétractation<sup>4</sup>.

#### β) Assignation à jour fixe du défendeur

Le demandeur doit ensuite introduire l'instance par une assignation. L'article 841 du Code de procédure civile<sup>5</sup> détermine les mentions supplémentaires que cette assignation doit comporter, en sus de celles requises pour toute assignation devant le tribunal judiciaire :

« *L'assignation indique, à peine de nullité, les jours et heures fixés par le président, auxquels l'affaire sera appelée, ainsi que la chambre à laquelle elle est distribuée. Copie de la requête est jointe à l'assignation.*

« *L'assignation informe le défendeur qu'il peut prendre connaissance au greffe de la copie des pièces visées dans la requête et lui fait sommation de communiquer avant la date de l'audience celles dont il entend faire état.* »

<sup>1</sup> Anciens articles 788 à 792 du Code de procédure civile.

<sup>2</sup> Ancien article 788, alinéa 1er.

<sup>3</sup> Ancien article 788, alinéa 2.

<sup>4</sup> Civ. 2, 24 juin 2004, B. II, n° 321 ; D. 2005, somm. 336, obs. P. Julien et N. Fricero.

<sup>5</sup> Ancien article 789.

Comme dans la procédure contentieuse ordinaire, le tribunal est, bien entendu, saisi par la remise d'une copie de l'assignation au greffe (article 843, alinéa 1er, du Code de procédure civile). Mais, en l'occurrence, la seule condition temporelle imposée à cette remise est qu'elle doit intervenir avant la date fixée pour l'audience (article 843, alinéa 2), à peine de caducité de l'assignation, constatée d'office par ordonnance du président de la chambre à laquelle l'affaire a été distribuée (article 843, alinéa 3).

Le jour de l'audience, l'affaire peut être plaidée sur le champ si le défendeur a déjà un avocat et cela même s'il n'a pas déposé de conclusions écrites, au besoin sur simples conclusions verbales (article 844, alinéa 2). S'il n'a pas constitué d'avocat, il encourt le risque d'être condamné au vu du dossier fourni par le demandeur (articles 844, alinéa 4, et 778, alinéa 2, combinés).

De même que pour les autres procédures applicables devant le tribunal judiciaire, les parties peuvent, conformément à l'article L. 212-5-1 du Code de l'organisation judiciaire, donner leur accord exprès pour que la procédure à jour fixe se déroule sans audience (article 843, alinéa 2, du Code de procédure civile). L'article 843, alinéa 3, précise selon quelles modalités la procédure se déroulera alors.

### § 3 La procédure gracieuse

La procédure gracieuse relève, d'une façon générale, des articles 25 et suivants du Code de procédure civile, mais aussi des règles particulières déterminées par la matière de chaque juridiction. Pour le tribunal judiciaire, ces règles sont édictées aux articles 808 à 811 du Code.

#### A. Domaine de la procédure gracieuse

La procédure gracieuse n'est applicable que lorsqu'en l'absence de tout litige, un contrôle judiciaire apparaît nécessaire.

##### 1. Absence de tout litige

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

L'intervention d'un tiers est possible, dans les conditions prévues par l'article 29 du Code de procédure civile.

##### 2. Nécessité d'un contrôle judiciaire

En raison de la nature de l'affaire ou de la qualité du requérant (article 25 du Code de procédure civile). Un contrôle est prévu par la loi qui peut être :

- minimum, le juge vérifiera uniquement la légalité de l'acte,
- maximum, c'est le cas lorsque le juge appréciera l'opportunité de l'acte.

#### B. Régime de la procédure gracieuse

On évoquera brièvement le déroulement de l'instance, puis le jugement.

##### 1. Déroulement de l'instance

La demande est introduite par une requête (article 60 du Code de procédure civile), qui est nécessairement présentée par un avocat ou un officier public, selon l'article 808 du Code de procédure civile. Elle doit être remise au greffe (article 61). Cette requête est transmise au président du tribunal, lequel, conformément à l'article 810 du code, désigne un juge rapporteur dont les pouvoirs sont extrêmement importants. D'office il va vérifier sa compétence, la validité de la saisine et procéder à l'examen au fond de l'affaire. Il procède à toutes les investigations utiles (article 27 du Code de procédure civile). A cette occasion il se présente comme le contradicteur légitime du requérant. Le ministère public doit également avoir communication des affaires

gracieuses, selon l'article 809 du Code de procédure civile.

Une audience des débats n'est pas imposée. En effet, l'article 28 autorise le juge à se prononcer sans débat. En outre, il « *peut fonder sa décision sur tous les faits relatifs au cas qui lui est soumis, y compris ceux qui n'auraient pas été allégués* » (article 25 du Code de procédure civile). Mais il doit respecter le contradictoire en sollicitant les observations du requérant. S'il y a des débats, l'article 811 du Code de procédure civile impose au ministère public d'y assister ou de faire connaître son avis.

## 2. Jugement gracieux

Le prononcé du jugement gracieux a lieu hors de la présence du public (article 451 du Code de procédure civile) en raison de la spécificité des matières concernées. Ce n'est qu'à titre exceptionnel que la loi impose un prononcé en audience publique, par exemple en matière de jugement prononçant une adoption.

## Section 2 : la procédure orale

De même qu'à propos de la procédure écrite, le Code de procédure civile distingue la procédure orale ordinaire et les procédures spéciales que sont la procédure de référé et, innovation formelle du décret du 11 décembre 2019, la procédure accélérée au fond.

### § 1 La procédure orale ordinaire

On précisera le domaine d'application de la procédure orale ordinaire, avant d'exposer son déroulement.

#### A. Domaine d'application la procédure orale ordinaire

La procédure orale ordinaire n'est applicable que dans certaines litiges, où la loi dispense expressément les parties de constituer avocat devant le tribunal judiciaire. La procédure orale est toujours contentieuse, car la procédure gracieuse est nécessairement écrite<sup>1</sup>.

Cela étant, aux termes de l'article 817 du Code de procédure civile :

*« Lorsque les parties sont dispensées de constituer avocat conformément aux dispositions de l'article 761, la procédure est orale, sous réserve des dispositions particulières propres aux matières concernées. »*

Or, selon l'article 761 du Code de procédure civile, auquel l'article 817 précité renvoie, les parties sont dispensées de constituer avocat, si bien que la procédure applicable est alors orale, dans des litiges portant sur certaines matières ou à l'enjeu inférieur ou égal à 10 000 € :

- les matières relevant de la « compétence » (*sic*) du juge des contentieux de la protection,
- des matières spécifiques qui relevaient naguère de la compétence du tribunal d'instance, indépendamment du montant de la demande et dont connaît désormais le tribunal de proximité si le tribunal judiciaire en possède ou, à défaut, le tribunal judiciaire lui-même,
- les demandes d'un montant inférieur ou égal à 10 000 € ou ayant pour origine l'exécution d'une obligation n'excédant pas ce montant, à la condition toutefois que la matière ne relève pas de la compétence exclusive du tribunal judiciaire.

Il résulte donc de la combinaison des articles 761 et 817 précités du Code de procédure civile que la procédure orale ordinaire s'applique devant le tribunal judiciaire en raison soit de la matière du litige, soit de l'importance pécuniaire de la demande.

Dans tous ces litiges, naguère de la compétence du tribunal d'instance<sup>2</sup>, le tribunal judiciaire statue en principe à juge unique (articles R. 212-8, 7°, 12°, 19° et R. 213-9-6, alinéa 1er du Code de l'organisation judiciaire, combinés), sauf sa décision de renvoyer l'affaire à la formation collégiale, d'office ou à la demande des parties (article R. 212-8, dernier alinéa). Mais, si chaque juge du tribunal judiciaire tient sa propre audience et rend ses propres jugements, il le fait au nom du tribunal judiciaire entier, bien entendu.

<sup>1</sup> Cf. *supra* : section 1 « La procédure écrite », § 3 « La procédure gracieuse ».

<sup>2</sup> Cf. *supra* : première partie « L'accès au juge », titre II « La compétence », chap. I « Détermination de la compétence », section 1 « Détermination de la compétence d'attribution », § 1 « Compétence matérielle du tribunal judiciaire », A. « Le tribunal judiciaire, juridiction de droit commun en matière civile », 2. « Portée du caractère de juridiction de droit commun du tribunal judiciaire », b. « Présence éventuelle de chambres de proximité au sein du tribunal judiciaire ».

## 1. Litiges soumis à la procédure orale ordinaire en raison de la matière

L'article 761 du Code de procédure civile distingue les matières relevant de la « compétence » du juge des contentieux de la protection et un certain nombre d'autres matières énumérées limitativement en annexe du Code de l'organisation judiciaire.

### a. Matières relevant de la « compétence » (sic) du juge des contentieux de la protection

Le juge des contentieux de la protection connaît des contentieux énumérés aux articles L. 213-4-2 et suivants du Code de l'organisation judiciaire<sup>1</sup>. Outre les fonctions de juge des tutelles des majeurs (article L. 213-4-2 du Code de l'organisation judiciaire), il est ainsi, en particulier, investi d'un ensemble de compétences anciennement dévolues au juge d'instance (articles L. 213-4-3 à L. 213-4-7 du Code de l'organisation judiciaire).

### b. Autres matières

Ces nombreuses matières particulières, auxquelles renvoie l'article 761, 2°, du Code de procédure civile, sont :

- d'une part, les matières visées par les articles R. 211-3-13 à R. 211-3-16, R. 211-3-18 à R. 211-3-21, R. 211-3-23 du Code de l'organisation judiciaire ;
- d'autre part, les matières énumérées par l'annexe IV-II du Code de l'organisation judiciaire, de la « compétence » du tribunal de proximité ou, à défaut d'un tel tribunal, du tribunal judiciaire lui-même (article D. 212-19-1 du Code de l'organisation judiciaire).

## 2. Litiges soumis à la procédure orale ordinaire en raison de l'importance de la demande

Sont encore soumises à la procédure orale ordinaire les demandes suivantes, à l'exclusion de celles relevant de la compétence exclusive du tribunal judiciaire (article 761, 3°, du Code de procédure civile) :

- demandes portant sur un montant inférieur ou égal à 10 000 € ;
- demandes indéterminées ayant pour origine l'exécution d'une obligation dont le montant n'excède pas 10 000 €<sup>2</sup>.

Il résulte de l'article D. 212-19-1 du Code de l'organisation judiciaire, combiné avec le tableau IV-II annexé au dit code, que les chambres de proximité, lorsqu'il en existe au sein du tribunal judiciaire, ont vocation à connaître de ces demandes. Le tableau IV-II annexé au Code de l'organisation judiciaire précise que les demandes d'un montant inférieur ou égal à 10 000 € sont les demandes « *personnelles ou mobilières* ». Cette expression est très large, car plupart des actions en justice sont soit personnelles, soit mobilières – le chef de compétence est alternatif et non pas cumulatif. A l'exception des litiges relatifs à un droit réel immobilier, de la compétence exclusive du tribunal judiciaire, de fait, la procédure orale ordinaire est donc applicable devant le tribunal judiciaire aux litiges purement civils jusqu'à 10.000 €.

Rappelons que les matières relevant de la compétence exclusive du tribunal judiciaire, où, selon l'article 761, 3°, du Code de procédure civile, le ministère d'avocat est, en revanche, toujours obligatoire, quelle que soit l'importance de la demande, sont notamment – mais pas uniquement – celles que l'article R. 211-3-26 du Code de l'organisation judiciaire énumère<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Cf. *supra* : première partie « L'accès au juge », titre II « La compétence », chap. I « Détermination de la compétence », section 1 « Détermination de la compétence d'attribution », § 1 « Compétence matérielle du tribunal judiciaire », A. « Le tribunal judiciaire, juridiction de droit commun en matière civile », 2. « Portée du caractère de juridiction de droit commun du tribunal judiciaire », b. « Présence éventuelle de chambres de proximité au sein du tribunal judiciaire », α) « Les contentieux de la protection » ; C. « Le tribunal judiciaire, juridiction à juge unique en diverses matières civiles », 2. « Juges uniques *ad hoc* exerçant leurs fonctions au sein du tribunal judiciaire », d. « Le juge des contentieux de la protection », β) « Attributions du juge des contentieux de la protection ».

<sup>2</sup> Sur le sens exact des expressions légales, cf. *supra* : première partie « L'accès au juge », titre II « La compétence », chap. I « Détermination de la compétence », section 1 « Détermination de la compétence d'attribution », § 1 « Compétence matérielle du tribunal judiciaire », A. « Le tribunal judiciaire, juridiction de droit commun en matière civile », 2. « Portée du caractère de juridiction de droit commun du tribunal judiciaire », b. « Présence éventuelle de chambres de proximité au sein du tribunal judiciaire », γ.

<sup>3</sup> Cf. *supra* : première partie « L'accès au juge », titre II « La compétence », chap. I « Détermination de la compétence », section 1 « Détermination de la compétence d'attribution », § 1 « Compétence matérielle du tribunal judiciaire », B. Le tribunal judiciaire,



## B. Déroulement de la procédure orale ordinaire

La procédure orale ordinaire est très largement inspirée de la procédure qui était en vigueur devant le tribunal d'instance, avant la suppression de ce dernier. Cette procédure, d'une part, se veut simple, rapide et économique et d'autre part, vise à tenter de concilier des parties.

On a donc aménagé une phase de conciliation, tantôt préalable à l'instance contentieuse, tantôt intégrée à celle-ci. Aussi le Code de procédure civile distingue-t-il la phase préalable de conciliation de la procédure aux fins de jugement.

### 1. La tentative préalable de conciliation<sup>1</sup>

Elle est prévue par les articles 820 à 826 du Code de procédure civile. Il ne s'agit pas d'un préliminaire obligatoire de conciliation, comme devant les conseils de prud'hommes. Au contraire, pour faciliter la conciliation, le législateur a choisi de la rendre facultative.

Cette procédure aux fins de tentative préalable de conciliation était peu usitée en pratique devant le tribunal d'instance, où elle existait déjà, et il en sera certainement de même devant le tribunal judiciaire.

#### a. Saisine du juge

Pour qu'il y ait une tentative préalable de conciliation, il faut que le tribunal d'instance ait été saisi d'une demande à cet effet. Cette demande aux fins de conciliation n'est possible que si le litige n'est pas de ceux où, aux termes de l'article 750-1, alinéa 1er, du Code de procédure civile, la demande doit être précédée, à peine d'irrecevabilité, d'une tentative de conciliation menée par un conciliateur de justice, d'une tentative de médiation ou d'une tentative de procédure participative. Ces litiges sont, rappelons-le, d'une part, ceux où la demande tend au paiement d'une somme n'excédant pas 5 000 €, d'autre part, certains conflits de voisinage visés aux articles R. 211-3-4 et R. 211-3-8 du Code de l'organisation judiciaire, enfin les litiges relatifs à un trouble anormal de voisinage<sup>2</sup>. Dans ces litiges, par hypothèse, une tentative de conciliation extrajudiciaire a déjà échouée. Solliciter du juge de procéder à une nouvelle tentative de conciliation n'aurait donc aucun sens.

Lorsqu'elle est possible, la demande aux fins de tentative préalable de conciliation est une demande spontanée, formée par une requête unilatérale du demandeur ou une requête conjointe des parties au litige, remise ou adressée au greffe (article 820, alinéa 2, du Code de procédure civile).

L'enregistrement de la demande interrompt la prescription et autres délais pour agir (article 820, alinéa 3).

#### b. Modalités de la tentative de conciliation

La conciliation peut s'opérer selon deux modalités à la disposition du juge. En effet, celui-ci peut la confier à un conciliateur ou y procéder lui-même.

##### α) Tentative préalable de conciliation par un conciliateur

Elle consiste donc pour le juge à déléguer la tentative de conciliation à un conciliateur (article 821 du Code de procédure civile). Les parties en sont informées (article 822, alinéa 1er, du Code de procédure civile). En revanche, leur consentement n'est pas requis, contrairement à ce qui se passait dans le droit antérieur au décret n° 2015-282 du 11 mars 2015.

- Si la tentative de conciliation réussit, un constat d'accord sera signé entre les parties, puis homologué par le juge auquel il aura été transmis (articles 822 à 824 du Code de procédure civile).
- Si elle échoue totalement ou partiellement, le demandeur peut saisir le tribunal aux fins de jugement de tout ou partie de ses demandes initiales (article 826 du Code de procédure civile). La saisine du tribunal s'opère selon les formes l'article 818 du Code de procédure civile<sup>3</sup>, c'est-à-dire par assignation ou requête (article 826 précité).

##### β) Tentative préalable de conciliation par le juge

Le juge peut procéder lui-même à la tentative préalable de conciliation (article 825 du Code de procédure civile). Le greffe avise alors les parties des jours, heure et lieu auxquels la tentative aura lieu (même texte).

---

juridiction à compétence exclusive en certaines matières

<sup>1</sup> P. Estoup « Conciliation judiciaire et extrajudiciaire dans les tribunaux d'instance », *Gaz. Pal.* 1986, *doctr.* 288.

<sup>2</sup> *Cf. supra* : « Introduction générale », section 2 « Le litige », § 2 « Solution du litige », B. « Solution amiable du litige », 2. « Les modes alternatifs de règlement des différends », c. « Incitation légale contemporaine à recourir aux modes alternatifs de règlement des différends ».

<sup>3</sup> *Cf. infra* : B. « La procédure aux fins de jugement », 1. « Saisine du tribunal ».

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Panthéon-Assas  
Licence droit 3ème année Melun 2023-2024

L'avis de convocation précise que les parties doivent être présentes, mais elles peuvent se faire assister par une des personnes énumérées par l'article 762 du Code de procédure civile<sup>1</sup> (même texte).

En cas de succès, on dresse un procès-verbal de conciliation. En cas d'échec, le demandeur peut saisir le tribunal aux fins de jugement dans les conditions prévues à l'article 826 du Code de procédure civile, comme en cas d'échec de la tentative de conciliation sous l'égide d'un conciliateur.

## 2. La procédure aux fins de jugement

Le législateur a voulu une procédure simple, rapide et économique, comme le prouvent les règles relatives à la saisine du tribunal et à l'instance.

### a. Saisine du tribunal

En sa rédaction modifiée issue du décret n° 2023-357 du 11 mai 2023, l'article 750-1 dispose :

*« A peine d'irrecevabilité que le juge peut prononcer d'office, la demande en justice doit être précédée, au choix des parties, d'une tentative de conciliation menée par un conciliateur de justice, d'une tentative de médiation ou d'une tentative de procédure participative, lorsqu'elle tend au paiement d'une somme n'excédant pas 5 000 euros ou lorsqu'elle est relative à l'une des actions mentionnées aux articles R. 211-3-4 et R. 211-3-8 du code de l'organisation judiciaire ou à un trouble anormal de voisinage »<sup>2</sup>.*

Or la procédure orale ordinaire, sans ministère d'avocat obligatoire, est applicable dans des matières soumises, selon ce texte, à l'obligation préalable, à peine d'irrecevabilité de la demande, de mettre en œuvre un M.A.R.D., afin de rechercher une solution amiable au litige, (articles 761, 2° et 3° et 817 du Code de procédure civile, articles R. 211-3-4 et R. 211-3-8, tableau IV-II annexé au Code de l'organisation judiciaire, 1°, 6°, 15° à 19°).

Dès lors que sa demande a un des objets visés à l'article 750-1 du Code de procédure civile, le demandeur est donc, en principe, tenu de rechercher une solution amiable à son différend, avant de saisir le tribunal judiciaire. Il n'est exceptionnellement dispensé de cette obligation que dans les hypothèses limitativement énumérées aux 1° à 4° de l'article 750-1.

En l'occurrence, pour échapper à l'irrecevabilité de sa demande malgré l'absence de recours préalable à un M.A.R.D., le demandeur pourrait, il est vrai, se prévaloir de l'exception visée au 3° du texte, tirée d'un motif légitime tenant soit à l'urgence manifeste, soit aux circonstances de l'espèce, soit à l'indisponibilité de conciliateurs de justice dans le délai précisé par l'article 750-1.

Mais on pourrait surtout se demander, si l'article 750-1, 4° ne dispense pas en réalité, d'une manière générale, le demandeur de l'obligation de recourir préalablement à un M.A.R.D. dans la procédure orale ordinaire aux fins de jugement devant le tribunal judiciaire. Aux termes de cette disposition, les parties sont en effet dispensées de cette obligation, « si le juge (...) doit, en application d'une disposition particulière, procéder à une tentative préalable de conciliation ». Or l'article 827 du Code de procédure civile prévoit que, dans la procédure aux fins de jugement, « le juge s'efforce de concilier les parties » – généralement à la première audience – (alinéa 1er) et qu'il « peut également, à tout moment de la procédure, inviter les parties à rencontrer un conciliateur de justice aux lieu, jour et heure qu'il détermine » (alinéa 2). On pourrait donc être tenté d'en conclure<sup>3</sup> que le demandeur n'est pas assujéti à une tentative préalable de conciliation, de médiation ou de procédure participative, dès lors que la procédure aux fins de jugement la prévoit elle-même.

Si cette solution venait à prévaloir en jurisprudence, l'article 750-1, alinéa 1er, du Code de procédure civile s'en trouverait toutefois privé en grande partie de portée. En effet, il oblige les parties à recourir préalablement à un M.A.R.D. justement dans des litiges soumis à la procédure orale ordinaire devant le tribunal judiciaire et, partant, à une tentative préalable de conciliation. L'exception de l'article 750-1, 4° viderait ainsi de l'essentiel de son contenu le principe posé par l'article 750-1, alinéa 1er. Le législateur ne s'est apparemment pas rendu compte de son inconséquence.

<sup>1</sup> Cf. *infra* : B. « La procédure aux fins de jugement », 2. « L'instance », b. « Les débats ».

<sup>2</sup> Cf. *supra* : Introduction générale, section 2 « Le litige », § 2 « Solution du litige », B. « Solution amiable du litige », 2. « Les modes alternatifs de règlement des différends », c. « Incitation légale contemporaine à recourir aux M.A.R.D. ».

<sup>3</sup> En ce sens : H. Croze « Tribunal judiciaire – procédure orale », in : *JCL procédures formulaire*, fasc. 40, n° 11.

L'article 750-1 ne conserverait alors d'intérêt que si, dans ces litiges qu'il vise, le demandeur opte pour une procédure en référé<sup>1</sup>, au lieu d'une procédure au fond. En effet, la procédure de référé ne connaît pas de phase préalable de conciliation, si bien que le demandeur ne peut se prétendre dispensé du recours préalable à un M.A.R.D. sur le fondement de l'article 750-1, 4°. Néanmoins, en cas d'urgence manifeste ou d'un autre motif légitime, il pourra s'en prétendre dispensé par application de l'article 750-1, 3°.

A peine de nullité, la demande en justice dans la procédure orale ordinaire devant le tribunal judiciaire devrait néanmoins mentionner, sinon « *les diligences entreprises en vue d'une résolution amiable du litige* », du moins « *la justification de la dispense d'une telle tentative* » (article 54, 5°, du Code de procédure civile). Or, en l'occurrence, cette dispense se déduit de la combinaison des articles 750-1, 4° et 827 du Code de procédure civile. Il faudrait donc rappeler ces dispositions dans la demande, à peine de nullité, alors que nul n'est censé ignorer la loi, le juge le premier...

Ces précisions apportées et ces interrogations formulées, trois modes de saisine sont possibles dans la procédure orale ordinaire (article 818 du Code de procédure civile) : l'assignation « à toutes fins », la requête conjointe<sup>2</sup> et la requête unilatérale. Mais l'utilisation de la requête conjointe dans la procédure contentieuse est rarissime. On n'examinera donc que l'assignation à toutes fins et la requête unilatérale.

#### α) Assignation à toutes fins

C'est le mode de saisine traditionnel, tel qu'on le connaissait auparavant devant le tribunal d'instance. Dans les dispositions consacrées à ce dernier, le Code de procédure civile parlait d'assignation à toutes fins. Si les dispositions actuelles passent cette expression sous silence, l'assignation devant le tribunal judiciaire dans la procédure orale ordinaire a un objet identique à celui de l'ancienne assignation à toutes fins devant le tribunal d'instance. Aussi conservera-t-on l'expression d'assignation à toutes fins pour la désigner.

##### • Objet et formes de l'assignation à toutes fins

L'objet de l'assignation à toutes fins est d'obtenir du juge une conciliation si cela est possible ou à défaut, d'obtenir un jugement. Dans cette hypothèse, la tentative de conciliation sera donc intégrée à la phase contentieuse, au lieu de la précéder.

Pour ce qui est des formes de cette assignation à toutes fins, on renverra tout d'abord aux explications présentées à propos de la demande en justice en général<sup>3</sup> et à propos de l'assignation dans la procédure écrite<sup>4</sup>. Cette assignation doit en effet comporter les mentions requises à peine de nullité pour toute demande en justice, d'une part, et pour toute assignation en justice, d'autre part (articles 54 et 56 du Code de procédure civile).

Mais l'article 753 du Code de procédure civile, relatif à l'assignation devant le tribunal judiciaire dans la procédure sans représentation obligatoire par avocat, prévoit des formes supplémentaires.

Tout d'abord, aux termes de l'article 753, alinéa 1er, l'assignation, à peine de nullité, outre les mentions prescrites aux articles 54 et 56, les nom, prénoms et adresse de la personne chez qui le demandeur élit domicile en France lorsqu'il réside à l'étranger.

Ensuite, selon l'article 753, alinéa 2, l'assignation, le cas échéant, mentionne l'accord du demandeur pour que la procédure se déroule sans audience en application de l'article L. 212-5-1 du code de l'organisation judiciaire.

<sup>1</sup> Cf. *infra* : § 2 « Les procédures orales spéciales », A. « Le référé ».

<sup>2</sup> En théorie, effectivement, les parties peuvent opter pour une saisine du juge par requête conjointe (article 818, alinéa 1er, du Code de procédure civile), remise au greffe (article 756 du Code de procédure civile). La requête conjointe dans la procédure orale ordinaire doit satisfaire aux conditions de forme communes à toute requête (articles 54, 57 et 757 du Code de procédure civile).

<sup>3</sup> Cf. *supra* : première partie « L'accès au juge », titre I « L'action en justice », chap. 2 « Régime de l'action en justice », section 2 « Mise en œuvre de l'action en justice », A. « Les demandes en justice », 1. Variétés de demandes en justice », a. « La demande initiale », β) « Formes de la demande initiale », « Formes de la demande initiale en matière contentieuse ».

<sup>4</sup> Cf. *supra* : section 1 « La procédure écrite », § 1 La procédure contentieuse ordinaire, A. « Introduction de l'instance », 1. « Assignation ».

En revanche, dans la procédure orale ordinaire, le ministère d'avocat est facultatif. Aussi l'assignation à toutes fins ne doit-elle pas obligatoirement contenir à peine de nullité, comme dans la procédure écrite, constitution d'avocat, ni indiquer dans quel délai le défendeur est lui-même tenu de constituer avocat (article 752 du Code de procédure civile *a contrario*).

Aux termes de l'article 753, alinéa 3, enfin, l'assignation rappelle, en outre, les dispositions de l'article 832 du Code de procédure civile<sup>1</sup> et mentionne les conditions dans lesquelles le défendeur peut se faire assister ou représenter, ainsi que, s'il y a lieu, le nom du représentant du demandeur. Néanmoins l'article 753, alinéa 3, ne sanctionne pas le défaut de ces mentions par la nullité de l'acte.

Il convient donc de se référer à l'article 114 du Code de procédure civile, pour déterminer les conséquences de l'omission : la nullité pour vice de forme de l'assignation ne pourrait être prononcée que si les mentions exigées par l'article 753, alinéa 3, étaient jugées substantielles ou d'ordre public par la jurisprudence et, encore, à la condition que leur absence ait causé un grief au défendeur.

Depuis la réforme issue du décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019<sup>2</sup>, toute assignation devant le tribunal judiciaire est vouée à être une assignation à date (article 751 du Code de procédure civile) : le défendeur est cité à une audience, dont le greffe a communiqué préalablement la date au demandeur. Aussi la mention des lieu, jour et heure de l'audience est-elle désormais prescrite à peine de nullité de l'assignation (article 56, 1<sup>o</sup>, du code)<sup>3</sup>. Mais c'était déjà de toute façon le cas pour l'assignation à toutes fins devant l'ancien tribunal d'instance<sup>4</sup>. Rien n'est donc changé à cet égard.

Toutefois, contrairement au principe posé dans la procédure écrite, la communication électronique n'est pas obligatoire dans la procédure orale (article 850 du Code de procédure civile *a contrario*). Certes, l'article 748-1 du Code de procédure civile en admet la possibilité. Mais celle-ci suppose, en pratique, que le demandeur soit représenté par un avocat affilié au R.P.V.A. Dans les autres cas, le greffe de la chambre de proximité s'il en existe une ou, à défaut, du tribunal judiciaire lui-même, communiquera donc la date d'audience par téléphone, comme le greffe du tribunal d'instance le faisait naguère. L'avocat peut également adresser au greffe une télécopie ou un mail pour solliciter une date d'audience.

Toutefois, le demandeur doit désormais obligatoirement adresser son projet d'assignation pour obtenir une date d'audience, conformément à ce que l'article 751 du Code de procédure civile prescrit au sujet de l'ensemble des procédures applicables devant le tribunal judiciaire.

- Placement de l'assignation à toutes fins

Le juge est saisi par la remise au greffe d'une copie de l'assignation – placement de l'assignation –, à l'initiative du demandeur le plus souvent, mais ce peut être aussi à la diligence du défendeur (article 754, alinéa 1er, du Code de procédure civile). Les délais de remise de l'assignation et la sanction de leur inobservation sont identiques quelle que soit la procédure devant le tribunal judiciaire. En effet, l'article 754, qui en traite, figure dans les dispositions communes à toutes les procédures devant ce tribunal. Comme à propos de la procédure écrite ordinaire, il convient donc de distinguer deux hypothèses.

- Lorsque le greffe ne communique pas la date d'audience par voie électronique ou que la communication électronique de cette date intervient moins de deux mois avant la date d'audience, l'article 754, alinéas 3 et suivants, du Code de procédure civile prévoit que l'assignation doit être placée au plus tard quinze jours avant la date d'audience.

Cette disposition a vocation à s'appliquer par excellence à la procédure orale. En effet, soit le demandeur n'est pas représenté par un avocat, de sorte que la date d'audience ne sera pas

<sup>1</sup> Ce texte permet au défendeur, qui forme une demande incidente tendant à l'octroi d'un délai de paiement – délai de grâce de l'article 1343-5 du Code civil – de le faire par écrit, sans être tenu de se présenter à l'audience. Le juge ne fera alors droit aux demandes présentées contre cette partie que s'il les estime régulières, recevables et bien fondées.

<sup>2</sup> Toutefois ces dispositions n'entreront finalement en vigueur, aux dernières nouvelles, qu'au 1er janvier 2021 (article 3 du décret n° 2020-950 du 30 juillet 2020, modifiant l'article 55-III du décret du 11 décembre 2019).

<sup>3</sup> Cf. *supra* : première partie « L'accès au juge », titre I « L'action en justice », chap. 2 « Régime de l'action en justice », section 2 « Mise en œuvre de l'action en justice », A. « Les demandes en justice », 1. Variétés de demandes en justice », a. « La demande initiale », β) « Formes de la demande initiale », « Formes de la demande initiale en matière contentieuse », « L'assignation ».

<sup>4</sup> Ancien article 837 du Code de procédure civile.

communiquée par voie électronique ; soit il l'est et souvent la communication électronique de la date à son avocat sera effectuée moins de deux mois avant la date d'audience.

- Si, toutefois, le demandeur était représenté par un avocat, auquel le greffe aura communiqué électroniquement la date d'audience plus deux mois avant celle-ci, l'assignation devra être placée dans un délai de deux mois suivant cette communication (article 754, alinéa 2)

A défaut de respect des délais impartis par l'article 754 pour la remise de la copie de l'assignation, celle-ci encourt la caducité, constatée d'office par ordonnance du juge, ou, à défaut, à la requête d'une partie (article 754, dernier alinéa).

Dans cette hypothèse, rappelons-le, l'assignation à toutes fins n'aura aucun effet interruptif<sup>1</sup>.

En cas d'urgence, les délais de comparution et de remise de l'assignation à toutes fins, rappelons-le, peuvent être réduits sur autorisation du juge (article 755, alinéa 1er du Code de procédure civile). Ce mécanisme constitue, en réalité, le pendant de la procédure écrite d'assignation à jour fixe. Mais la possibilité ainsi offerte au justiciable d'obtenir du juge un abrègement des délais normaux est largement théorique. Le rôle de la plupart des tribunaux judiciaires est en effet tellement encombré qu'il n'est guère possible au justiciable d'obtenir du greffe une date d'audience qui se situe moins de quinze jours après sa communication. Sollicité de donner son autorisation à cet effet, en application de l'article 755, le juge ne manquera pas, la plupart du temps, d'inviter le demandeur à engager plutôt une procédure de référé.

### β) Requête unilatérale

Utilisable en certains cas pour saisir le tribunal judiciaire dans la procédure orale ordinaire, la requête unilatérale est l'héritière de l'ancienne déclaration au greffe par laquelle le demandeur pouvait saisir le tribunal d'instance<sup>2</sup>.

#### • Objet de la requête unilatérale

La requête unilatérale peut être employée soit aux fins de tentative préalable de conciliation<sup>3</sup>, soit lorsque la demande formée est d'un montant déterminé<sup>4</sup>, inférieur ou égal à désormais 5 000 € (article 818, alinéa 2, du Code de procédure civile)<sup>5</sup>. Dans ce dernier cas, elle est utilisable, entre autres, pour les litiges nés de l'application du Code de la consommation (article R. 631-1 du Code de la consommation).

Le taux du ressort s'élevant à 5 000 € (article R. 211-3-24 du Code de l'organisation judiciaire), seuls les litiges devant être jugés en premier et dernier ressort peuvent être soumis au tribunal judiciaire par une requête unilatérale.

L'article 750-1 du Code de procédure civile impose au demandeur de rechercher une solution amiable à son litige en recourant à un M.A.R.D. avant de saisir le juge, lorsque sa demande en paiement n'excède pas 5 000 €. On pourrait être tenté d'en déduire que la demande formée par requête unilatérale est en principe irrecevable, si son auteur ne l'a pas fait précéder d'une tentative de conciliation, de médiation ou de procédure participative.

Cependant, on l'a vu, l'article 750-1, 4°, du Code de procédure civile dispense l'auteur d'une demande d'un montant inférieur ou égal à 5 000 € de l'obligation de recourir préalablement à

<sup>1</sup> Cf. *supra* : première partie « L'accès au juge », titre I « L'action en justice », chapitre 2 « Régime de l'action en justice », section 2 « Exercice de l'action en justice », § 2 « Mise en œuvre de l'action en justice », A. « Les demandes en justice », 1. « Variétés de demandes en justice », a. « La demande initiale », β) « Formes de la demande initiale ».

<sup>2</sup> Anciens article 829, alinéa 2, 843 et 844 du Code de procédure civile.

<sup>3</sup> Cf. *supra* : 1. « La tentative préalable de conciliation ».

<sup>4</sup> Civ. 2, 28 janvier 2016, n° 14-29117, B. II, n° 32 ; *Procédures* 2016, *comm.* 84, note Y. Strickler ; *Gaz. Pal.* 17 mai 2016, n° 18, note L. Raschel : la saisine par déclaration au greffe de la juridiction de proximité – absorbé après le 1er janvier 2017 par le tribunal d'instance, depuis lors lui-même supprimé – est irrecevable lorsqu'une des demandes, serait-elle subsidiaire, est indéterminée, quand bien même elle aurait pour origine l'exécution d'une obligation inférieure au égale à 4000 €, dont cette juridiction était à l'époque compétente pour connaître. Le raisonnement vaut aussi pour la saisine du tribunal judiciaire par requête unilatérale remise au greffe, puisque celle-ci remplace la déclaration unilatérale au greffe devant le tribunal d'instance.

<sup>5</sup> L'ancien article 843 du Code de procédure civile ne permettait l'emploi de la déclaration au greffe dans la procédure devant le tribunal d'instance, que pour les demandes d'un montant inférieur ou égal à 4 000 €. Ce dernier montant correspondant au taux du ressort de l'époque, la déclaration unilatérale n'était utilisable que pour les demandes jugées en premier et dernier ressort. Depuis le 1er janvier 2020, le taux du ressort est fixé à 5 000 € (articles R. 211-3-24 et R. 211-3-25 du Code de l'organisation judiciaire) et le montant maximum de la demande pouvant être formée par requête unilatérale devant le tribunal judiciaire a logiquement été élevé à cette somme.

un M.A.R.D. à peine d'irrecevabilité de sa demande, « *Si le juge ou l'autorité administrative doit, en application d'une disposition particulière, procéder à une tentative préalable de conciliation* ». Or, dans la procédure orale ordinaire, le juge doit s'efforcer de concilier les parties, selon l'article 827 du Code de procédure civile. Dès lors la demande en paiement d'une somme inférieure ou égale à 5 000 € n'est-elle pas recevable malgré l'absence de recours préalable à un M.A.R.D.<sup>1</sup>, quand bien même elle serait formée par requête unilatérale ?

L'hésitation est néanmoins permise. En effet, en sa rédaction antérieure à la loi de programmation du 23 mars 2019, l'article 4 de la loi n° 2016-15467 du 18 novembre 2016 prévoyait qu'à peine d'irrecevabilité de la demande, prononcée au besoin d'office, la déclaration au greffe devant le tribunal d'instance devait avoir été précédée d'une tentative de conciliation préalable sous l'égide d'un conciliateur, sauf dans trois cas, dont notamment celui où les parties justifiaient d'autres diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable de leur litige. Or la requête unilatérale dans la procédure orale ordinaire devant le tribunal judiciaire est le succédané de l'ancienne déclaration au greffe. Aussi pourrait-il sembler paradoxal que, contrairement à la règle en vigueur dans le droit antérieur, son auteur échappe à l'obligation de rechercher une solution amiable à son litige à peine d'irrecevabilité de sa demande, alors que la loi du 23 mars 2019 et le décret du 11 décembre 2019 ont, d'une manière générale, renforcé l'incitation à la recherche d'une solution amiable au litige avant la saisine du juge. Cette objection s'ajoute à celles qui ont été formulées précédemment et qui tiennent au risque de voir l'article 750-1 du Code de procédure civile vidé de l'essentiel de son contenu<sup>2</sup>.

- Formes de la requête unilatérale

La requête unilatérale doit satisfaire aux conditions de forme énoncées par l'article 54 du Code de procédure civile pour la demande initiale en justice contentieuse en général, ainsi qu'à celles énoncées par l'article 58 du même code pour toutes les requêtes contentieuses<sup>3</sup>.

Si on considère que le demandeur est dispensé de recourir à un M.A.R.D. avant de saisir le juge de sa requête unilatérale, celle-ci ne doit pas mentionner, à peine de nullité, « *les diligences entreprises en vue d'une résolution amiable du litige* », mais uniquement « *la justification de la dispense d'une telle tentative* » (article 54, 5°, du Code de procédure civile), c'est-à-dire les articles 750-1, 4° et 827 du Code de procédure civile, de la combinaison desquels une telle dispense s'induirait.

A peine de nullité, le demandeur doit motiver au moins sommairement sa demande (article 757, alinéa 1er, du Code de procédure civile) et indiquer les pièces sur lesquelles cette demande est fondée (article 57, avant-dernier alinéa, du Code de procédure civile).

Ces pièces sont jointes à la requête, en tant de copies que de parties dont la convocation est demandée (article 757, alinéa 1er, du Code de procédure civile). Toutefois, lorsque la requête est remise par voie électronique, les pièces sont jointes en un seul exemplaire (article 757, alinéa 3). Le législateur n'a pas précisé la sanction de l'inobservation de ces prescriptions.

- Saisine du tribunal et convocation du défendeur

Le demandeur saisit le tribunal en remettant ou adressant sa requête au greffe (article 818, alinéa 2). C'est le greffe qui, afin que le principe du contradictoire soit respecté, convoquera le défendeur à l'audience, par courrier recommandé A.R., en lui adressant copie de la requête, afin que les droits de la défense soient respectés (article 758, alinéas 3 et 6, du Code de procédure civile)<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Cf. *supra*.

<sup>2</sup> Cf. *supra*.

<sup>3</sup> Cf. *supra* : première partie « L'accès au juge », titre I « L'action en justice », chapitre 2 « Régime de l'action en justice », section 2 « Exercice de l'action en justice », § 2 « Mise en œuvre de l'action en justice », A. « Les demandes en justice », 2. « Effets des demandes en justice ».

<sup>4</sup> L'ancien article 844 du Code de procédure civile disposait que la convocation au défendeur comprenait en annexe non seulement une copie de la requête, mais encore des pièces jointes à celle-ci. L'article 758, dernier alinéa, prévoit uniquement qu'une copie de la requête est jointe à la convocation. Il faut probablement en déduire qu'il appartient désormais au demandeur de communiquer spontanément ses pièces au défendeur à ses frais, afin de respecter le principe du contradictoire (article 15 du Code de procédure civile). Mais, en ce cas, pourquoi donc l'obliger à joindre copie desdites pièces à sa requête (article 757, alinéa 1er) ?

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Panthéon-Assas  
Licence droit 3ème année Melun 2023-2024

Cette convocation du greffe rappelle au défendeur les dispositions des articles 665-1<sup>1</sup> et 832<sup>2</sup> du Code de procédure civile, et indique les modalités de comparution devant la juridiction (article 758, alinéa 3). Elle vaut citation (article 758, alinéa 4).

Quant au demandeur, l'article 758, alinéa 2, prévoit qu'il « *est avisé par tous moyens* » des lieu, jour et heure de l'audience.

Remarque : comme l'ancienne déclaration au greffe devant le tribunal d'instance, la requête unilatérale dans la procédure orale ordinaire devant le tribunal judiciaire économise au demandeur tant les émoluments de l'huissier pour la délivrance de l'assignation, que les honoraires de l'huissier ou de l'avocat chargé de rédiger l'assignation. En effet, cette dernière obéit à des formes précises et à l'obligation « qualificative » inhérente à toute assignation (article 56, 2°, du Code de procédure civile, auquel renvoie l'article 752 du même code<sup>3</sup>), que le justiciable *lambda* ne maîtrise guère. Au contraire, la requête peut être sommairement motivée. Toutefois, depuis le décret du 11 décembre 2019, la requête unilatérale doit satisfaire, à peine de nullité, des exigences de forme assez minutieuse communes à toutes les demandes en justice (article 54 du Code de procédure civile) et il semble désormais qu'il appartienne au demandeur de communiquer lui-même ses pièces à l'adversaire. Cette requête unilatérale devient du coup plus délicate d'emploi pour un particulier, qui aura ainsi d'autant plus de difficultés à saisir lui-même le tribunal judiciaire. Mais c'est bien le but poursuivi, n'est-ce pas : dissuader le justiciable de venir importuner le juge en demandant le paiement d'une créance de 5 000 € au maximum, montant que ces messieurs distingués de la Chancellerie jugent sans doute ridicule.

## b. L'instance

Dans la procédure aux fins de jugement, l'instance peut se dérouler avec audience ou, avec l'accord des parties, sans audience.

### α) La procédure avec audience

Elle se déroulent en deux phases successives : la tentative de conciliation, puis les débats.

#### • La conciliation

Aux termes de l'article 827, alinéa 1er, du Code de procédure civile : « *Le juge s'efforce de concilier les parties* ». La phase contentieuse ne débute qu'avec l'échec de la conciliation.

- Dans l'hypothèse où il y a eu une tentative préalable de conciliation<sup>4</sup>, la phase de jugement ne commence après l'échec de la conciliation. Le demandeur devra à nouveau saisir le tribunal de tout ou partie de ses demandes (article 826 du Code de procédure civile), par assignation ou, si cela est possible, par requête unilatérale, selon les règles de l'article 818, ce qui, du coup, retarde le cours des choses.
- Dans tous les autres cas, il y a intégration de la conciliation dans la phase contentieuse. La phase contentieuse commence alors à la suite de l'échec de la conciliation, sans autres formalités. L'affaire peut donc être immédiatement jugée si elle est en état, elle peut aussi être renvoyé à une audience ultérieure (article 830 du Code de procédure civile). Durant ce laps de temps, le tribunal pourra mettre en état l'affaire (même texte). Il pourra ainsi inviter les parties à s'expliquer, il pourra les mettre en demeure de produire certains documents. Il pourra même ordonner des mesures d'instruction.

#### • Les débats

Afin de rendre la procédure simple, rapide et économique, le ministère d'avocat n'est pas obligatoire et, corrélativement, les débats sont oraux. En outre, la justice est rendue par un juge unique, au nom du tribunal.

<sup>1</sup> Selon ce texte, lorsqu'elle est effectuée à la diligence du greffe, la notification au défendeur d'un acte introductif d'instance comprend, de manière très apparente :

1° Sa date ;

2° L'indication de la juridiction devant laquelle la demande est portée ;

3° L'indication que, faute pour le défendeur de comparaître, il s'expose à ce qu'un jugement soit rendu contre lui sur les seuls éléments fournis par son adversaire ;

4° Le cas échéant, la date de l'audience à laquelle le défendeur est convoqué ainsi que les conditions dans lesquelles il peut se faire assister ou représenter.

<sup>2</sup> Sur ce texte, cf. *supra* : α) « Assignation à toutes fins ».

<sup>3</sup> Cf. *supra* : 1ère partie « L'accès au juge », titre I « L'action en justice », chap. II « Régime de l'action en justice », section 2 « Exercice de l'action en justice », § 2 « Mise en œuvre de l'action en justice », A. « Les demandes en justice », I. « Variétés de demandes en justice », a. « La demande initiale », β) « Formes de la demande initiale ».

<sup>4</sup> Cf. *supra* : I. « La tentative préalable de conciliation ».

– Ministère d'avocat facultatif

Aux termes de l'article 762 du Code de procédure civile : « *les parties se défendent elles-mêmes.* » Le texte ajoute qu'elles « *ont la faculté de se faire assister ou représenter.* » Le ministère d'avocat n'est donc pas obligatoire.

Toujours selon l'article 762, les parties peuvent se faire assister ou représenter par certaines personnes, dont l'énumération légale est limitative :

- un avocat,
- mais aussi leur conjoint, concubin, personne à laquelle elles sont liées par un pacte civil de solidarité, parents ou alliés en ligne directe, parents ou alliés en ligne collatérale jusqu'au 3ème degré inclus, personnes exclusivement attachés à leur service personnel ou à leur entreprise.

– Oralité des débats

On examinera successivement le principe d'oralité des débats, puis ses exceptions.

◦ Principe d'oralité des débats

Dans la procédure orale, d'une manière générale, selon l'article 446-1, alinéa 1er, du Code de procédure civile, les parties ou leurs représentants ont l'obligation de présenter eux-mêmes, oralement, au juge leurs moyens de fait, de droit et de preuve (article 446-1 du Code de procédure civile)<sup>1</sup>.

La preuve de la présentation orale des prétentions tiendra au compte-rendu des débats qui seront mentionnés au dossier et consignés sous forme de procès-verbaux ou bien tiendra aux énonciations du jugement, ce qui implique que, dans tous les cas de figure, les parties s'en remettent aux bons soins du greffier. Or la pratique révèle que ces notations sont sommaires et, malgré la possibilité qu'elle a, de demander au greffier de consigner tel ou tel élément du débat au plumitif d'audience, la partie court le risque qu'une de ses prétentions ou un de ses moyens n'ait pas été retenu.

Aussi l'article 446-1, alinéa 1er, du Code de procédure civile *in fine* permet-il aux parties de conjurer ce risque, en les autorisant à « *se référer aux prétentions et aux moyens qu'elles auraient formulées par écrit.* » Une jurisprudence bienveillante en déduit que si la partie est présente et qu'elle dépose ses écritures, le juge est saisi de la totalité des moyens et prétentions qui y sont exposés, même si cette partie ne développe pas oralement tous les points contenus dans ces conclusions<sup>2</sup>. C'est dire que les parties ont tout intérêt à déposer des notes écrites et même à élaborer de véritables conclusions.

Par définition facultatives<sup>3</sup>, ces conclusions, il est vrai, ne sont prises en considération que si la partie comparait ou se fait représenter. Toutefois, hors le cas d'un refus du tribunal, il suffit à la partie de déposer à l'audience son dossier comportant ses écritures, pour être réputée s'y être référée au sens de l'article 446-1<sup>4</sup>. Elle n'est donc pas tenue de les soutenir à

<sup>1</sup> Soc. 25 septembre 2013, n° 12-17968, *Gaz. Pal.* 8-10 décembre 2013, p. 26, obs. C. Bléry : référé, demandeur se bornant à déposer des observations écrites sans comparaître ; Civ. 2, 10 mars 2011, n° 10-30577 et Civ. 2, 17 octobre 2013, n° 12-26046, *B. II*, n° 204 ; *Procédures* 2013, n° 334, note R. Perrot ; *Gaz. Pal.* 8-10 décembre 2013, p. 26, obs. C. Bléry : demandeur n'ayant pas comparu à l'audience devant feu la juridiction de proximité, laquelle ne pouvait dès lors que rejeter ses demandes ; Civ. 2, 27 septembre 2012, n° 11-18322, *B. II*, n° 155 ; *D.* 2013, *Chr. C. cass.* 599, n° 7, obs. L. Leroy-Gissinger et F. Renault-Malignac ; *Procédures* 2012, *comm.* 322, note R. Perrot : opposition à ordonnance d'injonction de payer formée devant feu la juridiction de proximité, créancier absent à l'audience ; Civ. 1, 15 mai 2015, n° 14-13774, *D.* 2016, 449, obs. N. Fricero ; *RTD civ.* 2015, 939, obs. N. Cayrol : *idem*. Les solutions dégagées à propos de la procédure devant l'ancienne juridiction de proximité valent pour la procédure orale ordinaire devant le tribunal judiciaire, car elle lui est identique. *Cf.* ég. Soc. 13 septembre 2017, n° 16-13518, *B. V*, n° : partie ni présente ni représentée à l'audience dans une procédure prud'homale et s'étant bornée à soutenir ses prétentions dans des conclusions écrites.

<sup>2</sup> Civ. 1, 13 mai 2015, n° 14-14904, *B. I*, n° 110 ; *D.* 2016, 449, III, obs. N. Fricero ; *RTD civ.* 2015, 938, obs. N. Cayrol.

<sup>3</sup> Civ. 2, 19 mars 2015, n° 14-15740, *B. II*, n° 71 ; *rappr.* Civ. 2, 6 juin 2013, n° 12-21406, *B. II*, n° 117 ; *D.* 2013, *Actualité* 24 juin 2013, obs. M. Kebir : le juge ne peut refuser d'examiner des prétentions soutenues oralement à l'audience, au motif que les prétentions contenues dans les dernières conclusions ne se retrouvent pas dans les premières conclusions.

<sup>4</sup> Civ. 2, 1er juillet 2021, n° 20-12303 (B) ; *JCP* 2021, 931, note A. Danet ; *Procédures* n° 10, octobre 2021, *comm.* 145, S. Amrani-Mekki. La jurisprudence antérieure exigeait, au contraire, que la partie soutienne ses prétentions à la barre : Soc. 25



la barre, sauf si le tribunal l'exige.

En outre, selon la jurisprudence, en raison de l'oralité de la procédure, le débat n'est lié que par les déclarations faites à l'audience : en cas de contradiction entre les écrits et les déclarations orales enregistrées par le greffier, ce sont ces dernières qui priment<sup>1</sup>. C'est dire que les conclusions écrites établies dans une procédure orale n'ont pas, à proprement parler, le statut juridique de conclusions, tel qu'on l'entend dans la procédure écrite.

Le principe d'oralité des débats ne dispense pas d'observer le principe du contradictoire. Saisi oralement de prétentions du défendeur qui n'ont pas été notifiées préalablement à la partie adverse, le juge ne peut certes, les déclarer irrecevables ; mais il lui appartient de renvoyer l'affaire à une audience ultérieure, pour faire respecter le principe de la contradiction<sup>2</sup>.

◦ Atténuations à l'oralité des débats

Elles sont nombreuses et d'une importance pratique considérable ; elles érodent fortement le caractère oral de la procédure.

– Incidents de procédure

Une jurisprudence compréhensive tend à soustraire les incidents de procédure au principe de l'oralité. Le juge pourra donc déclarer une telle demande recevable et l'examiner, quand bien même cette demande ne serait pas soutenue oralement à l'audience<sup>3</sup>.

– Autorisation judiciaire de formuler les prétentions et moyens par écrit

Selon l'article 446-2, alinéa 1er, du Code de procédure civile (décret n° 2017-892 du 6 mai 2017) :

*« Lorsque les débats sont renvoyés à une audience ultérieure, le juge peut organiser les échanges entre les parties comparantes. Après avoir recueilli leur avis, le juge peut ainsi fixer les délais et, si elles en sont d'accord, les conditions de communication de leurs prétentions, moyens et pièces. »*

Lorsque toutes les parties comparantes formulent ainsi leurs prétentions et moyens par écrit et qu'elles sont assistées ou représentées par un avocat, l'article 446-2, alinéa 2, du Code de procédure civile, en sa rédaction issue du décret n° 2017-892 du 6 mai 2017, impose aux conclusions le même formalisme minutieux que celui applicable dans la procédure écrite contentieuse ordinaire. L'article 446-2 du Code de procédure civile reprend en effet exactement les termes de l'article 748 déjà étudié<sup>4</sup>. A croire que ce formalisme méticuleux plaît décidément beaucoup aux technocrates de la Chancellerie, pour le rappeler dans un texte parfaitement redondant... La différence entre la procédure écrite et la procédure orale s'estompe alors considérablement.

En revanche, lorsque, tout en formulant leurs prétentions et moyens par écrit, les parties ne sont pas assistées ou représentées par un avocat, ce formalisme ne s'applique pas. Selon l'article 446-2, alinéa 3, le juge peut toutefois, avec leur accord, prévoir qu'elles seront réputées avoir abandonné les prétentions et moyens non repris dans leurs dernières écritures communiquées.

septembre 2013, préc. ; Civ. 2, 15 mai 2014, n° 12-27035, B. II, n° 111 ; D. 2015, 287, III, obs. N. Fricero ; JCP 2014, 840, note C. Bléry et J.-P. Teboul ; JCP E 2014, 1559, note A. Bugada ; RTD civ. 2015, 938, obs. N. Cayrol.

<sup>1</sup> C. Gentili « L'utilisation des écrits dans la procédure civile orale », LPA 7 sept. 2001, p. 4, not. n° 25 et suiv.

<sup>2</sup> Civ. 2, 27 janvier 1993, n° 91-15950, B. II, n° 41 ; Civ. 2, 19 mars 2015, n° 14-15740, B. II, n° 71 ; D. 2016, 449, obs. N. Fricero ; *ibid.* 2015, chr. C. Cass. 1791, obs. H. Adida-Canac, Th. Vasseur et E. de Leyris ; RTD civ. 2015, 942, obs. N. Cayrol.

<sup>3</sup> Civ. 1, 8 juill. 2015, n° 15-16388, D. 2016, 449, III, obs. N. Fricero : désistement écrit, qui "avait produit immédiatement son effet extinctif" d'instance, bien que son auteur n'ait ensuite pas comparu aux audiences pour le soutenir oralement ; Civ. 2, 24 septembre 2015, n° 14-21145, B. II, n° 219 ; D. 2016, 449, III, obs. N. Fricero : demande de renvoi faite uniquement par courriel.

<sup>4</sup> Cf. *supra* : Titre I « Cadre juridique de l'instance », chap. II « Principes directeurs du procès », section 2 « Principe dispositif », § 1 « Rôle des parties dans la détermination de la matière litigieuse », B. « Détermination de l'objet du litige », 1. « Mise en œuvre de la détermination de l'objet du litige » ; titre II « Déroulement de l'instance », chap. I « La procédure devant le tribunal judiciaire », section 1 « La procédure écrite », § 1 « La procédure contentieuse écrite ordinaire », B. « Instruction de l'affaire : la mise en état », 1. « Rôle des parties au cours de l'instruction », b. « Formalisme des conclusions ».

A défaut pour les parties de respecter le formalisme applicable, le juge peut rappeler l'affaire à l'audience, soit pour la juger, soit pour la radier, comme le précise l'article 446-2, avant-dernier alinéa.

En outre, le juge peut inviter, à tout moment, les parties à fournir toutes les explications de fait et de droit qu'il estime nécessaires à la solution du litige et les mettre en demeure de produire, dans le délai qu'il détermine, tous les documents ou justifications propres à l'éclairer, faut de quoi il peut passer outre et statuer en tirant toute conséquence de l'abstention de la partie ou de son refus (article 446-3, alinéa 1er). Lorsque les échanges ont lieu en dehors d'une audience, en application de l'article 446-2 ou de l'article L. 212-5-1 du code de l'organisation judiciaire, les parties sont avisées par tout moyen de la demande faite par le juge (article 446-3, alinéa 2).

Comme il n'y a pas de mise en état dans la procédure orale, il n'y a pas non plus de date de clôture, rendant irrecevables *de plano* les conclusions et les pièces communiquées après cette date. Cependant, selon l'article 446-2, dernier alinéa, le juge peut écarter des débats « *les prétentions, moyens et pièces communiqués sans motif légitime après la date fixée pour les échanges et dont la tardiveté porte atteinte aux droits de la défense* » (article 446-2, dernier alinéa).

– Demande incidente en obtention d'un délai de grâce

L'article 832 du Code de procédure civile, prévoit que la demande incidente d'un débiteur tendant à l'obtention d'un délai de grâce pour s'acquitter des sommes qu'il doit, sur le fondement de l'article 1343-5 du Code civil peut être présentée par courrier, adressé ou remis au greffe et accompagnée des pièces justificatives. La partie qui forme cette demande peut ne pas se présenter à l'audience, conformément à l'article 446-1. Elle en est donc de plein droit dispensée.

Aux termes de l'article 1343-5, alinéa 1er, du Code civil, le juge peut « *compte tenu de la situation du débiteur et en considération des besoins du créancier, reporter ou échelonner, dans la limite de deux années, le paiement des sommes dues.* » Il suffit au juge, pour se prononcer sur la demande incidente formée à cet effet par le débiteur, d'examiner les pièces versées aux débats de part et d'autre. Il n'a guère besoin d'entendre les parties en débattre à la barre.

Les demandes visant à obtenir des délais de paiement sont très fréquentes, par exemple dans le contentieux locatif. L'article 832 du Code de procédure civile permet opportunément d'alléger des audiences chargées, dans les contentieux de la protection notamment.

– Dispense judiciaire accordée à une partie de se présenter aux audiences ultérieures

Aux termes de l'article 446-1, alinéa 2, du Code de procédure civile, issu du décret n° 2010-1165 du 1er octobre 2010 :

« *Lorsqu'une disposition particulière le prévoit, les parties peuvent être autorisées à formuler leurs prétentions et leurs moyens par écrit sans se présenter à l'audience. Le jugement rendu dans ces conditions est contradictoire. Néanmoins, le juge a toujours la faculté d'ordonner que les parties se présentent devant lui.* »

Or l'article 831 du Code de procédure civile, qui renvoie à l'article 446-1, prévoit précisément que le juge peut dispenser une partie de se présenter aux audiences dans la procédure orale ordinaire devant le tribunal judiciaire :

« *Le juge peut, conformément au second alinéa de l'article 446-1, dispenser une partie qui en fait la demande de se présenter à une audience ultérieure. Dans ce cas, le juge organise les échanges entre les parties. La communication entre elles est faite par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par notification entre avocats et il en est justifié auprès du juge dans les délais qu'il impartit. A l'issue de la dernière audience, le greffe informe les parties de la date à laquelle le jugement sera rendu.* »

La partie qui sollicite cette dispense de comparaître à des audiences ultérieures doit comparaître à l'audience initiale, ne serait-ce que pour solliciter cette dispense. Comme les articles 446-1 et 831 le précisent, cette dispense suppose une autorisation du juge, lequel peut toujours la refuser. En revanche, peu importe l'accord de l'autre partie. Celle-ci a néanmoins le droit, pour sa part, de soutenir ses prétentions oralement, si tel est son souhait.

Si une partie s'abstient de soutenir ses prétentions oralement, alors que la juridiction ne l'en a pas dispensée, ses conclusions écrites ne saisissent pas valablement cette juridiction, quand bien même elle aurait comparu<sup>1</sup>. On en revient donc aux règles générales gouvernant la procédure orale.

Il appartient alors au juge d'indiquer aux parties la date à laquelle le jugement sera rendu (article 831 du Code de procédure civile).

### β) La procédure sans audience<sup>2</sup>

Si les parties en sont d'accord, conformément aux dispositions de l'article L. 212-5-1 du Code de l'organisation judiciaire, la procédure peut se dérouler sans audience, selon l'article 828, alinéa 1er, du Code de procédure civile.

Cet accord peut être donné à tout moment de la procédure, précise l'article 828. Le demandeur peut notamment donner par avance son accord dès l'acte introductif d'instance, assignation (article 753, alinéa 2) ou requête (article 757, alinéa 2). Lorsqu'elle est formée en cours d'instance, la demande des parties doit satisfaire aux conditions de forme énoncées par l'article 829.

Dès lors que la procédure se déroule sans audience, les parties formulent leurs prétentions et leurs moyens par écrit (article 828, alinéa 2), mais le jugement n'en est pas moins contradictoire (même texte). La procédure n'a donc plus d'oral que le nom, si ce n'est qu'il n'y a pas de mise en état<sup>3</sup>. Néanmoins le juge appelé à trancher le litige fixe à l'intention des parties une date pour les échanges de pièces et de conclusions et les informe de la date à laquelle le jugement sera rendu (article 831).

Les dispositions de l'article 446-2 du Code de procédure civile sont, par hypothèse, applicables, puisque les parties formulent leurs moyens et prétentions par écrit<sup>4</sup>. Les communications des pièces et conclusions se font entre les parties par courrier recommandé avec demande d'avis de réception ou par notification entre avocats, selon que les parties sont, ou non, assistées ou représentées par avocat (article 831).

Il est toutefois possible de revenir à une procédure avec audience. En effet, selon l'article 828, alinéa 3, « *Le tribunal peut décider de tenir une audience s'il estime qu'il n'est pas possible de rendre une décision au regard des preuves écrites ou si l'une des parties en fait la demande.* » On remarquera que la rédaction du texte – le tribunal « *peut* » – laisse clairement entendre que le juge n'est pas tenu de faire droit à la demande d'une partie, qui a donné antérieurement, par hypothèse, son accord à une procédure sans audience, à voir une audience tenue.

## § 2 Le référé

### • Définition

C'est une procédure provisoire contradictoire, très employée en pratique. Plus précisément, selon l'article 484 du Code de procédure civile, l'ordonnance de référé est une décision provisoire rendue contradictoirement et qui permet à un juge, non saisi du principal, d'ordonner l'exécution immédiate de mesures nécessaires.

<sup>1</sup> Civ. 2, 15 mai 2014, n° 12-27035, B. II, n° 111 : décision rendue en contentieux de la Sécurité sociale, à propos duquel l'article R. 142-20-1 du code de la sécurité sociale énonce une règle identique à celle de l'article 831 du Code de procédure civile.

<sup>2</sup> Cf. *supra* : Section 1 « La procédure écrite », § 2 « Les procédures contentieuses écrites spéciales », A. « Les procédures subordonnées à l'accord des parties », 3. « La procédure sans audience ».

<sup>3</sup> [http://www.justice.gouv.fr/art\\_pix/ProcEDURE\\_civile\\_Decret%20n%20B0%202019-1333\\_FAQ.pdf](http://www.justice.gouv.fr/art_pix/ProcEDURE_civile_Decret%20n%20B0%202019-1333_FAQ.pdf) p. 16.

<sup>4</sup> Cf. *supra* : a) « La procédure avec audience », « Atténuations à l'oralité des débats », « Autorisation judiciaire de formuler les moyens et prétentions par écrit ».

- Histoire<sup>5</sup>

Le référé prit naissance au XVIIème siècle, dans la jurisprudence du Châtelet de Paris, sous la pression des nécessités pratiques, afin de remédier aux lenteurs de la justice. Depuis sa consécration dans le Code de procédure civile, il n'a cessé de se développer. Aujourd'hui, tous les tribunaux sont dotés d'une procédure de référé bâtie sur le modèle du référé du tribunal judiciaire. Néanmoins, l'article 836<sup>2</sup> prévoit toujours que le président du tribunal judiciaire exerce sa juridiction dans toutes les matières où il n'existe pas de procédure de référé.

- Textes

Les articles 484 à 492 du Code de procédure civile réglementent le référé d'une manière générale. Mais des dispositions spécifiques à la procédure devant chaque juridiction où une procédure de référé est instituée, complètent ces dispositions générales, notamment :

- les articles 834 à 838 du Code de procédure civile pour le référé devant le président du tribunal judiciaire ou le juge des contentieux de la protection<sup>3</sup>,
- les articles 872 à 873-1 pour le référé devant le président du tribunal de commerce,
- les articles R. 1455-1 à R. 1455-11 pour le référé prud'homal,
- les articles 956 et 957 pour le référé devant le premier président de la cour d'appel.

Très utilisée en pratique, la procédure de référé existait, avant la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 et son décret d'application n° 2019-1333 du 11 décembre 2019, tant devant le tribunal d'instance que devant le tribunal de grande instance. En effet, tout comme le président du tribunal de grande instance, le président du tribunal d'instance disposait des pouvoirs de juge des référés<sup>4</sup>. Au sein du tribunal judiciaire actuel, le juge des contentieux de la protection<sup>5</sup> a hérité de compétences et pouvoirs de l'ancien juge d'instance, notamment celui de juge des référés.

- Modalités du référé

Le référé peut être le prélude d'une instance au fond devant le tribunal, mais il peut même intervenir au cours d'une instance au fond – on parle alors effectivement d'un référé en cours d'instance –, comme il peut aussi intervenir en dehors de tout litige au fond.

Ex. litige locatif pendant devant le juge du contentieux de la protection (article L. 213-4-4 du Code de l'organisation judiciaire), concernant des loyers impayés et des dégradations commises par un locataire ayant quitté les lieux. Le bailleur soutient que le préavis applicable au locataire est de trois mois, tandis que celui-ci soutient bénéficier d'un préavis réduit à un mois, par exemple parce qu'il a perdu son emploi. Le juge des contentieux de la protection tranche la contestation relative à la durée du préavis, qu'il fixe à trois mois, et avant-dire droit, invite les parties à conclure sur les dégradations. Le bailleur tire les conséquences, en assignant en référé le locataire devant le juge des contentieux de la protection, afin de le voir condamner à lui payer, à titre provisionnel, les trois mois de loyer demeurés en souffrance (article 835, alinéa 2, du Code de procédure civile).

Pour que le référé soit possible, il faut qu'il existe un cas d'ouverture à référé. Mais il convient également de s'interroger sur la compétence en matière de référé et sur l'étendue des pouvoirs du juge des référés. Enfin, on traitera de l'instance de référé, de l'ordonnance de référé et des voies de recours ouvertes à l'encontre de celle-ci.

#### A. Cas d'ouverture à référé

On distingue un cas général d'ouverture du référé et des hypothèses plus spécifiques.

##### 1. Cas général d'ouverture à référé

<sup>5</sup> Les développements historiques sont empruntés à Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. II, p. 421.

<sup>2</sup> Ancien article 810 pour le président du tribunal de grande instance.

<sup>3</sup> Anciens articles 808 à 811 du Code de procédure civile (président du tribunal de grande instance).

<sup>4</sup> Anciens articles 848 et suivants du Code de procédure civile.

<sup>5</sup> Cf. *supra* : première partie « L'accès au juge », titre II « La compétence », chap. I « Détermination de la compétence », section 1 « Détermination de la compétence d'attribution », § 1 « Compétence matérielle du tribunal judiciaire », A. « Le tribunal judiciaire, juridiction de droit commun en matière civile », 2. « Portée du caractère de juridiction de droit commun du tribunal judiciaire », b. « Présence éventuelle de chambres de proximité au sein du tribunal judiciaire », α) « Les contentieux de la protection » ; C. « Le tribunal judiciaire, juridiction à juge unique en diverses matières civiles », 3. « Juges unique *ad hoc* exerçant leurs fonctions au sein du tribunal judiciaire », d. « Le juge des contentieux de la protection ».

L'article 834 du Code de procédure civile<sup>1</sup> permet au président du tribunal judiciaire ou, dans les limites de sa compétence, au juge des contentieux de la protection d'intervenir dans tous les cas d'urgence. Cette condition n'est toutefois pas suffisante : il faut en plus que la mesure sollicitée ne se heurte à aucune contestation sérieuse ou, à défaut, que l'existence d'un différend la justifie.

a. Urgence

L'urgence est une notion de fait qui est appréciée souverainement par le président du tribunal ou le juge des contentieux de la protection et qui est malléable.

b. Absence de contestation sérieuse ou existence d'un différend

L'article 834 prévoit, en outre, que le président ou le juge du contentieux de la protection ne peut intervenir que si la mesure sollicitée ne se heurte à aucune contestation sérieuse. Le législateur a voulu en effet éviter que le juge puisse trancher une question qui relève du domaine du fond : le juge des référés est le juge de l'évidence. Par exemple, il ne doit pas avoir besoin d'interpréter ou de qualifier un acte pour autoriser la mesure, car, ce faisant, il empiéterait forcément sur le fond.

Toutefois lorsque le juge constate l'urgence, il pourra accorder la mesure sollicitée, malgré la présence d'une contestation sérieuse, s'il constate que l'existence d'un différend la justifie<sup>2</sup>. L'existence d'un différend va donc permettre d'éliminer l'obstacle de l'existence d'une contestation sérieuse. En d'autres termes, elle permet de déroger au principe selon lequel le juge des référés ne peut ordonner que des mesures ne se heurtant à aucune contestation sérieuse. Les mesures que justifie l'existence d'un différend sont celles propres à éviter des conséquences irréversibles pour la partie qui les sollicite.

Ex. ordonner la suspension de travaux de construction d'un immeuble dans un lotissement, en raison de l'incertitude affectant la solution du différend dont le tribunal est saisi au fond<sup>3</sup>.

2. Cas spéciaux d'ouverture à référé

On distingue le référé sauvegarde, le référé-provision et le référé-injonction, le référé préventif.

a. Référé sauvegarde

Aux termes de l'article 835, alinéa 1er, du Code de procédure civile<sup>4</sup> :

*« Le président du tribunal judiciaire ou le juge des contentieux de la protection dans les limites de sa compétence peuvent toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite. »*

Le texte évoque la prévention d'un dommage imminent ou la cessation d'un trouble manifestement illicite. Comme le texte l'indique expressément, l'existence d'une contestation sérieuse n'est pas un obstacle au référé sauvegarde<sup>5</sup>. Quant à l'urgence, que le texte passe sous silence, elle est irréfragablement présumée.

En revanche, l'existence d'un dommage imminent ou celle d'un trouble manifestement illicite est une condition du recours en référé, et elle doit être établie. Le trouble manifestement illicite, notamment, est une notion de droit, sur laquelle la Cour de cassation exerce son contrôle<sup>6</sup>. Au contraire, l'existence d'un dommage éminent est souverainement appréciée par les juges du fond<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> Anciens articles 808 et 848 du Code de procédure civile.

<sup>2</sup> Civ. 1, 20 mars 1978, n° 77-10662, B. I, n° 116 ; Civ. 1, 7 octobre 1980, n° 79-10903, B. I, n° 246.

<sup>3</sup> Civ. 3, 11 juin 1974, B. III, n° 246.

<sup>4</sup> Anciens articles 809, alinéa 1er, et 849, alinéa 1er, du Code de procédure civile.

<sup>5</sup> Civ. 1, 20 mars 1978, préc. ; Civ. 1, 7 octobre 1980, préc. ; Com. 10 mai 1988, n° 85-16570 85-16571 85-16572, B. IV, n° 153 ; Civ. 2, 23 octobre 1991, n° 90-14583, B. II, n° 280.

<sup>6</sup> Civ. 2, 20 novembre 2001, B. II, n° 173 ; JCP 2002, II, 10073, note X. Daverat ; Civ. 3, 5 octobre 2017, n° 16-21971, B. III, n° 110 ; Civ. 3, 21 décembre 2017, n° 16-25430 ; Civ. 2, 18 janvier 2018, n° 17-10636, B. II, n° 7.

<sup>7</sup> Civ. 3, 24 mai 2017, n° 16-12223 ; Civ. 2, 18 janvier 2018, préc.

- Le dommage imminent se réfère au préjudice que le demandeur va inévitablement subir, si la mesure demandée en référé n'est pas accordée.
- Le trouble manifestement illicite consiste, selon la jurisprudence, en « *la violation évidente d'une règle de droit résultant d'un fait matériel ou juridique* »<sup>1</sup>.

b. Référé-provision et référé-injonction

Selon l'article 835, alinéa 2, du Code de procédure civile<sup>2</sup>, l'existence d'une obligation non sérieusement contestable permet au juge des référés :

- d'accorder une provision au créancier (référé-provision)
- ou d'ordonner l'exécution d'une obligation, même de faire (référé-injonction).

En ces cas, selon la jurisprudence, l'urgence n'a pas à être constatée<sup>3</sup>. En revanche, la Cour de cassation exerce son contrôle sur l'existence d'une obligation non sérieusement contestable<sup>4</sup>.

c. Référé préventif<sup>5</sup>

Il résulte de l'article 145 du Code de procédure civile que le juge peut ordonner des mesures d'instruction *in futurum*, « *s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige.* »

L'appréciation de la légitimité du motif relève du pouvoir souverain des juges du fond<sup>6</sup>, sauf à motiver leur décision sur ce point<sup>7</sup>. A cet égard, selon certains arrêts<sup>8</sup>, la légitimité du motif suppose la production par le demandeur d'éléments objectifs démontrant la probabilité des faits dont il se plaint. Toutefois d'autres arrêts<sup>9</sup> paraissent procéder d'une inspiration plus libérale, dès lors qu'ils énoncent que les mesures d'instruction *in futurum* de l'article 145 sont soustraites à la condition de subsidiarité de l'article 146 du Code de procédure civile, lequel ne s'applique qu'aux mesures d'instruction ordonnées au cours d'un procès<sup>10</sup>.

En tout état de cause, quelle que soit la rigueur avec laquelle il convient d'apprécier le motif légitime, la demande de mesure d'instruction ne saurait être rejetée pour la seule raison qu'elle ne se fonde pas sur la preuve des faits que cette mesure a précisément pour objet de conserver ou d'établir<sup>11</sup>. Il n'appartient en effet pas au juge des référés, pour apprécier l'existence du motif légitime, de trancher le débat de fond sur les conditions de mise en œuvre de l'action que cette partie pourrait ultérieurement engager<sup>12</sup>.

Bien que le litige, dont la solution pourrait dépendre de la preuve des faits, au sujet desquels la mesure d'instruction est sollicitée, soit, par hypothèse même, éventuel et futur, il n'en doit pas moins être plausible, crédible et son contenu et fondement cernés<sup>13</sup>, pour que le motif apparaisse légitime.

<sup>1</sup> Civ. 1, 14 décembre 2016, n° 15-21597 15-24610, B. I, n° 256.

<sup>2</sup> Anciens articles 809, alinéa 2, et 849, alinéa 2, du Code de procédure civile.

<sup>3</sup> Cf. par ex., pour le référé-provision : Civ. 1, 4 novembre 1976, B. I, n° 330 ; RTD civ. 1977, 361, obs. J. Normand ; Civ. 3, 6 décembre 1977, B. III, n° 428 ; Civ. 2, 18 janvier 1978, B. II, n° 20 ; D. 1979, IR 512, obs. P. Julien ; RTD civ. 1978, 713, obs. J. Normand.

<sup>4</sup> Ass. plén. 16 novembre 2001, n° 99-20114, B. A.P., n° 13 ; D. 2001, J. 598, note C. Puigelier ; JCP 2001, II, 10646, concl. de Gouttes, note A. P. ; JCP 2002, I, 132, n° 28, obs. L. Cadiet ; Procédures 2002, n° 4, obs. R. Perrot.

<sup>5</sup> G. Barbe et Cl. Torchy « L'article 145 du Code de procédure civile sous toutes ses mesures », Gaz. Pal. 6 juillet 2021, n° 424d6, p. 40.

<sup>6</sup> Cf. par ex. Civ. 1, 9 février 1983, B. I, n° 16 ; Civ. 2, 20 juillet 1991, B. II, n° 224 ; Civ. 1, 4 mai 1994, D. 1994, J. 545, note J. Massip ; Com. 1er octobre 1997, B. IV, n° 238 ; Civ. 2, 10 décembre 2020, n° 19-22619 (P) ; Gaz. Pal. 27 avril 2021, p. 68, obs. L. Mayer.

<sup>7</sup> Com. 8 octobre 1988, B. IV, n° 280.

<sup>8</sup> Civ. 2, 12 juillet 2012, n° 11-18399, B. II, n° 132, pour un requête unilatérale.

<sup>9</sup> Ch. mixte, 7 mai 1982, n° 79-11814, B. n° 2 ; Civ. 2, 26 octobre 1994, n° 93-10709, B. II, n° 206 ; Civ. 2, 10 juillet 2008, n° 07-15369, B. II, n° 179 ; Procédures 2008, n° 265, obs. R. Perrot ; D. 2008, 2375, obs. J.-M. Sommer et Cl. Nicoletis ; Civ. 2, 10 mars 2011, n° 10-11732, B. II, n° 65 ; Procédures 2011, n° 161, obs. R. Perrot ; cf. ég. Civ. 2, 11 avril 2013, n° 11-19419, Procédures 2013, n° 180, obs. R. Perrot.

<sup>10</sup> Cf. infra : « Incidents d'instance », « Mesures d'instruction ».

<sup>11</sup> Civ. 2, 17 février 2011, n° 10-30638 ; Procédures 2011, n° 130, obs. R. Perrot.

<sup>12</sup> Civ. 2, 19 janvier 2023, n° 21-21265 (B) ; Gaz. Pal. 9 mai 2023, p. 61, obs. M. Kebir ; Procédures n° 3, mars 2023, comm. 66, Y. Strickler.

<sup>13</sup> Civ. 2, 10 décembre 2020, préc.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Panthéon-Assas  
Licence droit 3ème année Melun 2023-2024

La mesure d'instruction doit être circonscrite aux faits dont pourrait dépendre la solution du litige<sup>1</sup>. Plus globalement, selon la Cour de cassation, il résulte de l'article 145 du code de procédure civile que constituent des mesures légalement admissibles des mesures d'instruction circonscrites dans le temps et dans leur objet et proportionnées à l'objectif poursuivi<sup>2</sup>. Il incombe, dès lors, au juge de vérifier si la mesure ordonnée était nécessaire à l'exercice du droit à la preuve du requérant et proportionnée aux intérêts antinomiques en présence. Si elle consiste en la désignation d'un huissier aux fins d'obtenir la remise de documents, le requis n'a pas à donner préalablement son consentement<sup>3</sup>. L'article 145 du Code de procédure civile n'exige pas que la personne qui supporte la mesure soit le défendeur potentiel au futur procès<sup>4</sup>.

Dans la pratique, même si d'autres mesures d'instruction peuvent, bien entendu, être ordonnées, le référé-préventif est souvent un « référé-expertise » :

Ex. expertise engagé dans la perspective d'un litige susceptible d'opposer un entrepreneur à un maître d'ouvrage au sujet de la cause de désordres immobiliers constatés.

Ex. expertise médicale<sup>5</sup>.

Remarque : comme le texte le prévoit lui-même, les mesures de l'article 145 peuvent aussi être ordonnées par voie de requête<sup>6</sup>, mais à la double condition, posée par l'article 845, alinéa 2, du Code de procédure civile<sup>7</sup>, de l'urgence et de circonstances exigeant qu'elles ne soient pas prises contradictoirement<sup>8</sup>. Pour la Cour de cassation, les mesures d'instruction *in futurum* ne font donc pas partie « *des cas spécifiés par la loi* » au sens des articles 845, alinéa 1er et 874 du Code de procédure civile, dans lesquels le président du tribunal judiciaire, le juge des contentieux de la protection ou le président du tribunal de commerce peut être saisi sur requête, sans que la double condition des articles 845, alinéa 2, et 875 du même code soit exigée.

## B. Compétence en matière de référé

Il convient de déterminer la compétence d'attribution et la compétence territoriale du juge des référés.

### 1. Compétence d'attribution

La compétence d'attribution du juge des référés obéit à deux principes complémentaires.

#### a. La compétence du juge des référés épouse les contours de celle de la juridiction qu'il préside

Le juge des référés n'est qu'une émanation de la juridiction devant laquelle il est institué. Sa compétence matérielle se calque donc sur la compétence matérielle de cette dernière<sup>9</sup>.

#### b. Le président du tribunal judiciaire a une compétence résiduelle

Non seulement le président du tribunal judiciaire est juge des référés dans les matières relevant de la compétence d'attribution de ce tribunal, mais encore il est juge de droit commun en matière de référé (article 836 du Code de procédure civile). Cette compétence résiduelle se limite toutefois au cas où l'affaire relève d'une juridiction qui ne comporte pas de référé, ce qui est de plus en plus rare<sup>10</sup>.

Ex. si une mesure urgente relève de la compétence du tribunal de commerce, le président du tribunal judiciaire statuant en référé est incompétent. En effet, il existe une procédure de référé devant le tribunal de commerce.

### 2. Compétence territoriale

<sup>1</sup> Civ. 2, 31 janvier 2019, n° 17-31535 (P) ; *JCP* 2019, éd. G, *Act.*, 161, note Gaëlle Deharo.

<sup>2</sup> Civ. 2, 25 mars 2021, n° 20-14309 (P) ; *Lettre C2* n° 2, juillet 2021, p. 7.

<sup>3</sup> Civ. 2, 31 janvier 2019, préc.

<sup>4</sup> Civ. 2, 27 févr. 2014, n° 13-10013, *B. II*, n° 56 ; *D.* 2014, 614, et 2478, obs. J.-D. Bretzner ; *Rev. sociétés* 2014, 429, note A. Cerati-Gauthier ; *Gaz. Pal.* 22 mai 2014, p. 40, note L. Raschel ; *Procédures* 2014, *comm.* 136, note R. Perrot.

<sup>5</sup> Civ. 2, 27 juin 2013, n° 12-19286, *B. II*, n° 148.

<sup>6</sup> *Cf. infra*.

<sup>7</sup> Ancien article 812 du Code de procédure civile.

<sup>8</sup> Civ. 2, 10 juillet 2008, n° 07-14858, *B. II*, n° 104 ; *D.* 2008, 2375, obs. J.-M. Sommer et Cl. Nicoletis. Sur ces « circonstances », *cf.* Civ. 2, 13 mai 1987, *B. II*, n° 112 ; *RTD civ.* 1988, 181, obs. R. Perrot ; Civ. 2, 30 janvier 2003, *B. II*, n° 25 ; *Procédures* 2003, n° 86, obs. R. Perrot ; Soc. 10 juillet 2013, n° 12-12181 ; Civ. 2, 22 septembre 2016, n° 15-22393, *D.* 2018, 259, obs. J.-D. Bretzner. *Cf. supra* et *infra*.

<sup>9</sup> *Cf. Com.* 20 novembre 2012, *B. IV*, n° 208 : mesure d'instruction *in futurum* liée à des actes de contrefaçon de marque.

<sup>10</sup> *Cf. supra*.

Bien qu'il ne soit que l'émanation de la juridiction qu'il préside, le juge des référés possède une compétence territoriale s'étendant au-delà de celle de ladite juridiction. En effet, un aménagement jurisprudentiel des règles légales de compétence territoriale, très important en pratique, ouvre<sup>1</sup> une option au demandeur, en l'autorisant à saisir le juge des référés du lieu,

- dans le ressort duquel le fait litigieux s'est produit<sup>2</sup>
- ou dans le ressort duquel les mesures conservatoires ou urgentes doivent être effectuées<sup>3</sup>.

Cette compétence territoriale spécifique s'ajoute donc à la compétence de droit commun.

### C. Étendue des pouvoirs du juge des référés

L'article 834 du Code de procédure civile habilite le président judiciaire ou le juge des contentieux de la protection dans les limites de sa compétence à ordonner en référé « toutes les mesures », qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend. Il en est de même pour le président du tribunal de commerce (article 872 du même code) statuant en référé. Mais, en réalité, d'une manière générale, le juge des référés ne peut ordonner que des mesures n'excédant pas l'étendue de ses pouvoirs. Or les mesures susceptibles d'être ordonnées en référé ont pour caractéristique commune d'être provisoires. Le Code de procédure civile précise d'ailleurs ces différentes mesures envisageables.

#### 1. Mesures susceptibles d'être ordonnées

Le président du tribunal judiciaire ou le juge du contentieux de la protection dans les limites de sa compétence peut ordonner des mesures conservatoires ou de remise en état, des mesures d'instruction, une provision sur créance, une injonction d'exécution d'une obligation.

##### a. Mesures conservatoires ou de remises en état

L'article 835, alinéa 1er, autorise le président du tribunal judiciaire ou le juge des contentieux de la protection dans les limites de sa compétence à ordonner en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent. *Idem* pour le président du tribunal de commerce, d'ailleurs (article 873, alinéa 1er).

##### b. Mesures d'instruction

L'article 145 du Code de procédure civile n'évoque que les mesures d'instruction, mais l'amplitude est large : nomination d'un expert, d'un administrateur provisoire, conciliation...

##### c. Provision sur créance

L'article 835, alinéa 2, du Code de procédure civile, confère le pouvoir au président du tribunal judiciaire ou au juge des contentieux de la protection dans les limites de sa compétence, statuant en référé, d'accorder une provision au créancier, dans la mesure où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable. Il en va de même, d'ailleurs, pour le président du tribunal de commerce (art. 873, alinéa 2).

Comme toute décision de référé, l'ordonnance accordant une provision au créancier ne revêt qu'un caractère provisoire. Cependant, en pratique, si la provision octroyée correspond à la totalité de la créance, le créancier n'engagera aucune action au fond et le débiteur échaudé sera dissuadé de le faire. Il n'est donc pas rare que le référé-provision épuise définitivement la contestation<sup>4</sup>.

##### d. Injonction d'exécution d'une obligation

Toujours à la condition que son existence ne soit pas sérieusement contestable, le juge des référés peut ordonner l'exécution de l'obligation « *même s'il s'agit d'une obligation de faire* » (articles 835, alinéa 2 ; article 873, alinéa 2, du Code de procédure civile pour le président du tribunal de commerce).

<sup>1</sup> Cf. *supra*.

<sup>2</sup> Civ. 2, 10 juillet 1991, B. II, n° 223.

<sup>3</sup> Civ. 2, 17 juin 1998, B. II, n° 200.

<sup>4</sup> Chainais et alii, *Procédure civile*, n° 1916.



## 2. Caractère provisoire des mesures ordonnées

La mesure étant par essence provisoire, ne doit pas empiéter sur le fond. Pour assurer son efficacité, le juge peut néanmoins assortir sa condamnation d'une astreinte.

### a. Mesure n'empiétant pas sur le fond

Le point commun de ces mesures est qu'elles ne doivent pas être de nature à empiéter sur le fond. Le juge des référés ne pourrait pas, par exemple, prendre une mesure de destruction, car elle serait irréversible et, en conséquence, il empiéterait ainsi sur le fond.

Ex. L'annulation des délibérations de l'assemblée des actionnaires d'une société, qui n'est ni une mesure conservatoire, ni une mesure de remise en état, n'entre pas dans les pouvoirs du juge des référés<sup>1</sup>.

Semblablement, en matière de référé-provision, dans l'éventualité où le juge du principal estimerait que rien n'est dû au prétendu créancier, ce dernier serait, bien entendu, tenu de restituer la provision que le juge des référés lui a allouée. Mais on a vu précédemment qu'en pratique, le référé-provision, surtout s'il est couronné de succès, épuise souvent définitivement la contestation.

### b. Possibilité d'assortir la condamnation d'une astreinte

La question de savoir si le juge des référés a le pouvoir d'assortir sa condamnation d'une astreinte a longtemps été discutée. Confirmant la jurisprudence antérieure, l'article 491 du Code de procédure civile lui a conféré ce pouvoir. Toujours selon ce texte, le juge a également le pouvoir de liquider ultérieurement l'astreinte ainsi ordonnée, s'il s'en est réservé le pouvoir.

## D. L'instance de référé

On peut distinguer la procédure ordinaire de référé sur placet et la procédure de référé d'heure à heure.

### 1. Référé sur placet ordinaire

Aux termes de l'article 485, alinéa 1er du Code de procédure civile : « *la demande est portée par voie d'assignation à une audience tenue à cet effet aux jour et heure habituel des référés* ». Le référé est donc introduit par une assignation à jour fixe, laquelle doit ensuite être placée au greffe de la juridiction avant l'audience, par la remise d'une copie de cette assignation. C'est ce que la pratique appelle le référé sur placet.

Le demandeur peut solliciter la date de référé auprès du greffe par tous moyens : CPVE et RPVA s'il est avocat, téléphone, télécopie, mail... Mais il doit obligatoirement adresser son projet d'assignation pour obtenir une date d'audience, conformément à ce que l'article 751 du Code de procédure civile prescrit au sujet de l'ensemble des procédures applicables devant le tribunal judiciaire.

La procédure se caractérise par l'absence d'un délai minimum de comparution, par son oralité et, désormais, par le ministère d'avocat en principe obligatoire.

#### a. Absence de délai minimum de comparution

Compte tenu de l'urgence, le législateur n'impose aucun délai minimum de remise de la copie de l'assignation, ni de comparution. Certes, l'article 754 du Code de procédure civile prévoit que, lorsque la date d'audience est fixée moins de deux mois après sa communication par la juridiction, la remise de la copie de l'assignation au greffe doit avoir lieu au plus tard quinze jours avant la date d'audience, ce qui implique que cette assignation ait été signifié au défendeur plus de quinze jours avant cette date d'audience. Mais, par dérogation à cette règle, l'article 755 du Code de procédure civile prévoit que les délais de comparution et de remise de l'assignation peuvent être réduit « *par autorisation du juge* » ou « *en application de la loi ou du règlement*. » Ce texte renvoie ainsi implicitement, semble-t-il, à l'article 485, alinéa 1er, précité du Code de procédure civile.

<sup>1</sup> Com. 29 septembre 2009, B. IV, n° 118.

Toutefois, aux termes de l'article 486 du Code de procédure civile, consacrant la jurisprudence antérieure, « *Le juge s'assure qu'il s'est écoulé un temps suffisant entre l'assignation et l'audience pour que la partie assignée ait pu préparer sa défense.* »

b. Oralité de la procédure et ministère d'avocat en principe obligatoire

Lors de l'audience, on procède à l'instruction et aux débats. La procédure est orale : les conclusions ne sont pas obligatoires ; le juge des référés n'est saisi que des prétentions soutenues à l'audience<sup>1</sup>.

Néanmoins le décret n° 2020-1452 du 27 novembre 2020 a prévu désormais que la procédure puisse se dérouler sans audience, avec l'accord exprès des parties, lequel peut être donné à tout moment de la procédure, conformément aux dispositions de l'article L. 212-5-1 du code de l'organisation judiciaire (article 836-1, du Code de procédure civile). Dans ce cas, précise l'article 836-1, il est fait application de l'article 828 du Code de procédure civile et, lorsque la représentation par avocat n'est pas obligatoire, de l'article 829.

Selon l'article 828, alinéa 2, du Code de procédure civile, lorsque les parties ont ainsi donné leur accord à une procédure sans audience :

*« le juge organise les échanges entre les parties. Celles-ci formulent leurs prétentions et leurs moyens par écrit. La communication entre elles est faite par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par notification entre avocats et il en est justifié auprès du juge dans les délais qu'il impartit. Le juge fixe la date avant laquelle les parties doivent communiquer au greffe leurs prétentions, moyens et pièces. A cette date, le greffe informe les parties de la date à laquelle le jugement sera rendu. Celui-ci est contradictoire. »*

C'est dire que si leur parties donnent leur accord à une procédure sans audience, celle-ci n'aura, en réalité, plus d'orale que le nom. L'article 829 précise sous quelle forme les parties doivent donner leur accord à une procédure sans audience, quand elle est sans représentation obligatoire.

Cela étant, malgré l'oralité de principe de la procédure de référé, le ministère d'avocat y est en principe obligatoire. En effet, aux termes de l'article 760, alinéa 1er, du Code de procédure civile, « *Les parties sont, sauf disposition contraire, tenues de constituer avocat devant le tribunal judiciaire.* » Or ce texte figure dans les dispositions communes applicables au tribunal judiciaire, indépendamment du caractère oral ou écrit de la procédure suivie devant cette juridiction. Les parties sont donc tenues de constituer avocat, sauf dans les cas prévus à l'article 761, 1° à 3° du Code de procédure civile, où le législateur les en a expressément dispensées.

Il en allait différemment dans le droit antérieur à la loi du 23 mars 2019 et son décret d'application du 11 décembre 2019. Lorsque la demande en référé était portée devant le président du tribunal de grande instance, le ministère d'avocat n'y était pas obligatoire<sup>2</sup>. Il ne l'était pas non plus, cela va de soi, lorsque la demande en référé était portée devant le tribunal d'instance, juridiction où le ministère d'avocat n'était, d'une manière générale, pas obligatoire. En effet, aux termes de l'article 18 du Code de procédure civile, « *Les parties peuvent se défendre elles-mêmes, sous réserve des cas dans lesquels la représentation est obligatoire.* » Or, si l'ancien article 751 du Code de procédure civile imposait aux parties de constituer avocat dans la procédure contentieuse ordinaire devant le tribunal de grande instance, procédure à caractère nécessairement écrit (ancien article 753), les anciens articles 808 et suivants du même code, gouvernant la procédure orale de référé devant son président, ne prévoyaient, en revanche, nullement une telle obligation à la charge des parties. Il fallait donc en revenir au principe général de l'article 18, conférant le droit aux parties de se défendre elle-même hors les cas où la loi rend la représentation obligatoire. Mais, désormais, si toute procédure sans représentation obligatoire par avocat est orale (article 817 du Code de procédure civile), l'inverse n'est plus vrai. Le ministère d'avocat est en principe obligatoire, sans avoir égard au caractère écrit ou oral de la procédure, sauf dans les cas limitativement énumérés par l'article 761 du Code de procédure civile.

Les parties sont notamment dispensées de constituer avocat dans toutes les matières relevant de la compétence du juge des contentieux la protection (article 761, 1°). Lorsque le référé doit être porté devant ce juge, en raison de la matière du litige (articles L. 213-4-1 à L. 213-4-8 du Code de l'organisation judiciaire), les parties peuvent donc soit se défendre elles-mêmes, soit se faire assister ou représenter par une des personnes limitativement énumérées (article 762) de leur choix.

Ex. référé en expulsion de squatteurs, référé aux fins de résiliation d'un bail d'habitation (articles L. 213-4-3 et L. 213-4-4 du Code de l'organisation judiciaire).

## 2. Référé d'heure à heure

<sup>1</sup> Soc. 25 septembre 2013, n° 12-17968, *Gaz. Pal.* 8-10 décembre 2013, p. 26, obs. C. Bléry.

<sup>2</sup> Civ. 2, 28 janvier 2016, n° 14-29185, *B.* II, n° 28.

Selon l'article 485, alinéa 2, du Code de procédure civile : « *Si, néanmoins, le cas requiert célérité, le juge des référés peut permettre d'assigner, à heure indiquée, même les jours fériés et chômés, soit à l'audience, soit à son domicile portes ouvertes.* » C'est ce que la pratique appelle le référé d'heure à heure. Mais le demandeur ne peut l'utiliser que dans les hypothèses exceptionnelles où l'affaire exige une solution immédiate. Aussi une autorisation préalable du juge des référés, qui appréciera si véritablement le cas requiert célérité, est-elle nécessaire.

## E. Ordonnance de référé

A la fin des débats, le président rend une ordonnance de référé, prononcée en audience publique. Il peut décider soit de renvoyer le litige en état de référé à la formation collégiale, soit de statuer sur le litige.

### 1. Ordonnance de renvoi en état de référé à la formation collégiale

Aux termes de l'article 487 du Code de procédure civile : « *Le juge des référés a la faculté de renvoyer l'affaire en état de référé devant la formation collégiale de la juridiction à une audience dont il fixe la date.* » L'affaire est en l'occurrence trop compliquée pour que le président statue seul, aussi préfère-t-il renvoyer devant la chambre collégiale qui statuera en état de référé.

Cette ordonnance n'est, à notre avis, qu'une mesure d'administration judiciaire, comme telle insusceptible de recours. En effet, le juge des référés ne tranche alors aucune contestation, il se borne à renvoyer l'affaire à la formation collégiale, pour que celle-ci rende la décision de référé à sa place. Cette dernière décision, en revanche, pourra faire l'objet d'un recours, puisqu'elle tranchera la contestation existant entre les parties.

### 2. Ordonnance tranchant la contestation

De deux choses l'une : ou bien le juge des référés accorde la mesure sollicitée, en tout ou en partie ; ou bien il décide n'y avoir lieu à référé parce que cette mesure excède ses pouvoirs.

#### a. Ordonnance accordant la mesure sollicitée

Cette ordonnance n'a certes pas au principal l'autorité de la chose jugée, mais elle n'en est pas moins exécutoire de plein droit à titre provisoire, sans que le juge qui l'a rendue puisse déroger à cette exécution provisoire.

##### α) Absence d'autorité de la chose jugée de l'ordonnance au principal

Selon l'article 488 du Code de procédure civile :

*« L'ordonnance de référé n'a pas, au principal, l'autorité de la chose jugée.  
« Elle ne peut être modifiée ou rapportée en référé qu'en cas de circonstances nouvelles. »*

L'ordonnance de référé n'a pas au principal d'autorité de chose jugée, ce qui signifie qu'elle ne s'impose en aucune manière au tribunal ultérieurement saisi au principal. On a coutume de traduire ce principe en disant que l'ordonnance de référé a un caractère provisoire<sup>1</sup>. C'est, au demeurant, ce qu'énonce l'article 484 du Code de procédure civile. C'est une survivance du vieil adage « *L'interlocutoire ne lie pas le juge* »<sup>2</sup>.

Il ne faut cependant pas en déduire que les ordonnances de référé n'ont aucune autorité de chose jugée. S'il est, en effet, vrai que l'ordonnance de référé ne lie pas le tribunal saisi au principal, en revanche, le juge des référés ne peut rétracter ou modifier son ordonnance que dans la mesure où il s'est produit un fait nouveau, en cas de circonstances nouvelles. Jusque-là, par conséquent, le juge des référés est lié par sa propre ordonnance. Telle est la solution consacrée par l'article 488, alinéa 2, lequel a confirmé la jurisprudence antérieure.

##### β) Caractère exécutoire de plein droit à titre provisoire de l'ordonnance

<sup>1</sup> Cf. Com. 16 juin 2021, n° 19-20175, *Lettre Com* n° 4, avril-juin 2021, p. 4.

<sup>2</sup> *Digeste*, IV, 8, 19, 1 ; Roland et Boyer, *Adages du droit français*, n° 172.

Pour dépourvue d'autorité de chose jugée qu'elle soit au principal, l'ordonnance de référé n'en est pas moins exécutoire de plein droit à titre provisoire, comme toute décision de première instance, à moins que la loi ou la décision rendue n'en dispose autrement (article 514 du Code de procédure civile). L'exécution de l'ordonnance peut donc être poursuivie dès sa notification, nonobstant l'exercice par la partie condamnée d'une voie de recours à l'encontre de cette ordonnance.

La juridiction de première instance a, il est vrai, normalement le pouvoir, à la demande d'une partie ou d'office, d'écarter l'exécution provisoire dont son jugement est de droit assorti (article 514-1, alinéas 1er et 2, du Code de procédure civile). Cependant le souci de célérité qui inspire l'ouverture de la plupart des cas de référé est inconciliable avec la reconnaissance d'un tel pouvoir au juge des référés. Aussi l'article 514-1, alinéa 3, du Code de procédure civile, l'en prive-t-il. Saisi à cet effet lui-même en référé (article 514-6, le premier président de la cour d'appel pourrait, en revanche arrêter l'exécution provisoire, mais seulement si les conditions strictes de l'article 514-3 du Code de procédure civile sont remplies<sup>1</sup>.

Le juge, on l'a vu, peut prononcer une astreinte pour faciliter l'exécution de son ordonnance. Toujours par souci de célérité, le juge peut même ordonner une exécution sur minute de son ordonnance, c'est-à-dire au seul vu de l'original de celle-ci sans que sa notification préalable au défendeur soit requise (article 489 du Code de procédure civile).

#### b. Ordonnance déclarant n'y avoir lieu à référé

Le juge des référés estime que la mesure sollicitée excède ses pouvoirs, parce qu'elle ne s'inscrit dans aucun des cas d'ouverture à référé, générique ou spécifiques. Il dit alors n'y avoir lieu à référé et peut en conséquence :

- soit débouter purement et simplement le demandeur, lequel peut en relever appel si l'ordonnance a été rendue en premier ressort seulement ;
- soit, à la demande de l'une des parties et s'il estime que l'urgence le justifie, renvoyer l'affaire à une audience à jour fixe, de manière à gagner du temps<sup>2</sup>. C'est le procédé dit de la « passerelle »<sup>3</sup> : issu de la pratique judiciaire, il est aujourd'hui prévu par l'article 837 du Code de procédure civile<sup>4</sup> :

*« A la demande de l'une des parties et si l'urgence le justifie, le président du tribunal judiciaire ou le juge des contentieux de la protection saisi en référé peut renvoyer l'affaire à une audience dont il fixe la date pour qu'il soit statué au fond. Il veille à ce que le défendeur dispose d'un temps suffisant pour préparer sa défense. L'ordonnance emporte saisine de la juridiction.*

*« Lorsque la représentation par avocat est obligatoire devant la juridiction à laquelle l'affaire est renvoyée, il est ensuite procédé comme il est dit à l'article 842 et aux trois derniers alinéas de l'article 844. Lorsque le président de la juridiction a ordonné la réassignation du défendeur non comparant, ce dernier est convoqué par acte d'huissier de justice à l'initiative du demandeur. »*

**Remarque :** la passerelle ne doit pas être confondue avec le renvoi en état de référé vu précédemment. En effet, dans ce dernier cas, la décision rendue n'est qu'une décision de référé, avec l'autorité limitée qui s'y attache et un caractère exécutoire de droit par provision. Le tribunal saisi par la voie de la passerelle rend, au contraire, un jugement au fond.

#### F. Voies de recours contre l'ordonnance de référé

Aux termes de l'article 490 du Code de procédure civile :

<sup>1</sup> Cf. *infra* : troisième partie « Le dénouement du procès », titre I « Le jugement », chap. IV « Effets du jugement », section 3 « Force exécutoire », § 2 « Modalités d'exercice du droit à l'exécution des décisions de justice », B. Exécution provisoire d'une décision de justice ».

<sup>2</sup> Cf. *supra*.

<sup>3</sup> J.-B. Racine « La technique de la “passerelle” en droit judiciaire privé », in : *Mélanges Pierre Julien - La justice au vingt et unième siècle*, Edilalx, 2003, 354 et suiv.

<sup>4</sup> Ancien article 811 du Code de procédure civile.

« L'ordonnance de référé peut être frappée d'appel à moins qu'elle n'émane du premier président de la cour d'appel ou qu'elle n'ait été rendue en dernier ressort en raison du montant ou de l'objet de la demande.

« L'ordonnance rendue en dernier ressort par défaut est susceptible d'opposition.

« Le délai d'appel ou d'opposition est de quinze jours. »

L'appel ou l'opposition, selon les cas, est donc possible. Le Code de procédure civile n'évoque ni le pourvoi en cassation ni la tierce opposition contre une ordonnance de référé. Mais on s'accorde à admettre que ces deux voies de recours extraordinaires sont ouvertes également, aux conditions habituelles (articles 583 et suiv. et 604 et suiv. du Code de procédure civile). Cela étant, l'appel est soumis à un régime procédural présentant quelques particularités.

### 1. Ordonnance susceptible d'appel

L'ordonnance de référé est susceptible d'appel<sup>1</sup>, à moins qu'elle n'émane du premier président de la cour d'appel ou du conseiller de la mise en état ou bien qu'elle n'ait été rendue en dernier ressort (article 490, alinéa 1er, précité) :

- l'ordonnance de référé rendue par le premier président de la cour d'appel, arrêtant l'exécution provisoire de droit dont un jugement de première instance est assortie ou rétablissant l'exécution provisoire que ce jugement avait écartée, est insusceptible d'un pourvoi en cassation (articles 514-3, 514-4 et 514-6 du Code de procédure civile)<sup>2</sup> ;
- l'ordonnance de référé rendue en dernier ressort peut être frappée soit d'un pourvoi en cassation si elle a été rendue contradictoirement, soit d'une opposition si elle a été rendue par défaut.

Hormis ces deux cas, l'appel est recevable, cela quel que soit l'objet de la décision de référé, quand bien même il s'agirait d'une mesure d'instruction<sup>3</sup>. Pourtant, en droit commun, un jugement avant-dire droit ne peut en principe être frappé d'appel indépendamment du jugement sur le fond, sauf dans les cas spécifiés par la loi (articles 150 et 545 du Code de procédure civile)<sup>4</sup>. S'il en va différemment ici, c'est en raison du caractère provisoire de la décision de référé : en ordonnant une mesure d'instruction sur le fondement de l'article 145, le juge des référés a épuisé sa saisine<sup>5</sup>.

Cependant, *a contrario*, il en va autrement lorsque le juge des référés n'a justement pas épuisé sa saisine, parce qu'il reste saisi d'une demande distincte de la mesure d'instruction ordonnée, par exemple en paiement d'une provision. En application des articles 150 et 545, son ordonnance ne peut alors être frappée d'appel indépendamment de l'ordonnance « sur le fond », sauf si la mesure d'instruction consiste en une expertise, auquel cas l'appel immédiat demeure possible, mais avec l'autorisation du premier président de la cour d'appel et à la condition, pour l'appelant, de justifier d'un motif grave et légitime conformément aux dispositions de l'article 272<sup>6</sup>.

### 2. Procédure de l'appel

Selon l'article 490 du Code de procédure civile, lorsque l'appel est recevable, le délai pour l'exercer est de quinze jours, commençant à courir à compter de la notification de l'ordonnance de référé<sup>7</sup>. L'opposition est soumise au même délai d'exercice, d'après le texte.

<sup>1</sup> Cf. par ex. Soc. 1er octobre 2003, n° 02-45920, Soc. 19 juin 2008, n° 07-40877 et Soc. 26 mai 2010, n° 09-41629 : appel seul recevable contre une ordonnance de référé statuant sur une demande indéterminée.

<sup>2</sup> Cf. *supra* : Première partie « L'accès au juge », Titre II « La compétence », chap. I « Détermination de la compétence », section I « Détermination de la compétence d'attribution », § 2 « Compétence d'attribution selon la matière du litige », B. « Compétence matérielle de la Cour d'appel », 3. « Juridiction statuant à juge unique », a. « Le premier président de la Cour d'appel, juge en premier et dernier ressort ; *infra* : Troisième partie « Le dénouement du procès », titre I « Le jugement », chap. IV « Effets du jugement », section 3 « Force exécutoire », § 2 « Modalités d'exercice du droit à l'exécution des décisions de justice », B. Exécution provisoire d'une décision de justice ».

<sup>3</sup> Civ. 2, 20 juin 1996, B. II, n° 174 ; Com. 13 décembre 2011, n° 10-27834 et 10-27840.

<sup>4</sup> Une de ces exceptions légales au principe est la possibilité d'interjeter appel, avec l'autorisation du premier président de la cour d'appel, d'une décision ordonnant une expertise s'il est justifié d'un motif grave et légitime (article 272 du Code de procédure civile).

<sup>5</sup> Civ. 2, 15 juin 1994, B. II, n° 162 ; *RTD civ.* 1995, 429, obs. J. Normand ; Civ. 2, 24 juin 1998, B. II, n° 224 ; Civ. 2, 11 janvier 2006, n° 05-10846 ; Civ. 2, 6 juin 2013, n° 12-21683, B. II, n° 119 ; *Procédures* 2013, n° 235, note R. Perrot.

<sup>6</sup> Civ. 2, 24 mars 1993, B. II, n° 127 ; Civ. 2, 25 février 1998, n° 95-22272 ; Civ. 2, 10 février 2000, n° 98-13646 ; rappr. Civ. 2, 23 septembre 2004, B. II, n° 408.

<sup>7</sup> Douai 1er juillet 1975, *Gaz. Pal.* 1976, 1, *somm.* 57 ; Rennes 11 septembre 1974, *D.* 1975, J. 55, note Cl. Giverdon ; *Gaz. Pal.* 1974, 2, 832, note Barbier.

L'appel n'est pas suspensif, puisque l'ordonnance de référé est de plein droit exécutoire par provision. Seul le premier président de la cour d'appel, saisi par l'appelant en référé a, par une décision insusceptible de pourvoi en cassation (article 514-6 du Code de procédure civile), le pouvoir d'arrêter l'exécution provisoire, si les strictes conditions prévues à l'article 514-3 du Code de procédure civile, sont réunies.

L'appel est porté devant la cour d'appel en formation collégiale, et non, comme on serait tenté de le croire en raison d'une fausse similitude, devant le premier président de la cour. L'arrêt rendu par la cour n'en demeure pas moins une décision provisoire, tout comme l'était l'ordonnance entreprise.

### § 3 La procédure accélérée au fond<sup>1</sup>

Insérée par la loi de programmation de la justice du 23 mars 2019 dans le titre consacré au jugement du livre 1er du Code de procédure civile comprenant les dispositions communes à toutes les juridictions, l'article 481-1 du Code de procédure civile institue une procédure dite « procédure accélérée au fond ».

L'innovation due à la loi du 23 mars 2019 n'est qu'apparente. En effet, cette procédure existait déjà, sous les dénominations de « procédure comme en matière de référé » ou « en la forme des référés », que l'ancien article 492-1 du Code de procédure civile, abrogé par la loi du 23 mars 2019, avait expressément consacrées.

Applicable dans des hypothèses disparates, cette procédure n'est pas véritablement une procédure de référé, car la décision que le juge est appelé à rendre, est une décision au fond, et non une ordonnance provisoire : l'ancien article 492-1 le précisait expressément. Seule la procédure suivie est celle, simplifiée et rapide, du référé : juge unique, décision exécutoire par provision, délai d'appel. Les expressions légales étaient donc trompeuses. Aussi le législateur a-t-il choisi de les abandonner et de rebaptiser cette procédure « procédure accélérée au fond », en lui consacrant l'article 481-1 et en abrogeant l'article 492-1.

On traitera du domaine d'application de cette procédure, de son déroulement et des voies de recours ouverte contre la décision rendue.

#### A. Domaine d'application de la procédure accélérée au fond

Cette procédure n'est applicable que dans les cas où la loi ou le règlement le prévoit (article 481-1 du Code de procédure civile). Il faut donc qu'un texte indique expressément que le juge est saisi selon la procédure accélérée au fond, pour que cette-ci puisse être utilisée. Plusieurs textes, qui employaient antérieurement l'expression « en la forme des référés » ou « comme en référé », en disposent ainsi.

Ex. contestation de la valeur de droits sociaux en cas de cession par un associé ou de rachat par la société (article 1843-4 du Code civil), de la compétence, selon les cas, du président du tribunal judiciaire ou de celui du tribunal de commerce.

Ex. juge de l'expropriation saisi d'une demande en expulsion (article L. 231-1 et R. 231-1 du Code de l'expropriation).

Ex. appel par une partie d'une décision ordonnant une mesure d'expertise (article 272 du Code de procédure civile).

Ex. contestation par un salarié d'un refus de l'employeur de lui accorder un congé de formation économique, sociale et syndicale (article R. 2145-5 du Code du travail), contestations des avis du médecin du travail (article R. 4624-45 du Code du travail).

Comme on peut s'en convaincre à la lecture de certains de ces exemples, cette procédure a essaimé et participe de l'essor des procédures à juge unique. Les cas où elle est applicable ne se limitent en effet pas au tribunal judiciaire (article 839 du Code de procédure civile). Il peut en exister aussi devant le tribunal de commerce (article 876-1 du Code de procédure civile, article 1843-4 précité du Code civil), le conseil de prud'hommes ou la cour d'appel.

#### B. Déroulement de la procédure accélérée au fond

On envisagera successivement la saisine de la juridiction, l'instance et le jugement.

<sup>1</sup> Y. Strickler « De la forme des référés à la procédure accélérée au fond », *JCP* 16 septembre 2019, *doctr.* 928 ; P. Gramaize « La procédure accélérée au fond : une clarification insolite du contentieux en la forme des référés », *Gaz. Pal.* 28 janvier 2020, p. 11.

### 1. Saisine de la juridiction

L'article 481-1, 1°, du Code de procédure civile indique que la demande est portée par voie d'assignation à une audience tenue aux jour et heure prévus à cet effet.

L'article 481-1, 2° précise que le juge est saisi par la remise d'une copie de l'assignation au greffe avant la date fixée pour l'audience, sous peine de caducité de l'assignation constatée d'office par ordonnance du juge, ou, à défaut, à la requête d'une partie. Comme dans le référé, aucun délai minimum n'est donc imposé pour la comparution. Selon l'article 481-1, 3°, toujours comme en matière de référé, le juge doit simplement s'assurer, le jour de l'audience, qu'il s'est écoulé un temps suffisant depuis l'assignation pour que la partie assignée ait pu préparer sa défense. L'assignation doit néanmoins avoir été placée et enrôlée avant la date fixée pour l'audience, à peine de caducité.

### 2. Instance

La procédure est orale, les règles de représentation et d'assistance sont celles en vigueur devant la juridiction où la procédure accélérée se déroule. Lorsque c'est le tribunal judiciaire, le ministère d'avocat est donc en principe obligatoire (article 760, alinéa 1er, du Code de procédure civile).

Néanmoins, comme dans les autres procédures orales devant le tribunal judiciaire ou le tribunal de commerce, notamment la procédure de référé, les parties peuvent donner leur accord exprès à une procédure sans audience, conformément aux dispositions de l'article L. 212-5-1 du Code de l'organisation judiciaire (article 839, alinéa 2, du Code de procédure civile). Les articles 828 et, lorsque la représentation par avocat n'est pas obligatoire, 829 du Code de procédure civile sont alors applicables.

Comme le référé, la procédure est à juge unique : devant le tribunal judiciaire, c'est le président, également juge des référés, qui en connaît (article 839 du Code de procédure civile). Néanmoins le juge unique peut toujours renvoyer à la formation collégiale, laquelle statuera alors selon la procédure accélérée au fond à la date que le juge ordonnant le renvoi aura fixée (article 481-1, 4°).

### 3. Jugement

Le jugement rendu en première instance est exécutoire de droit à titre provisoire dans les conditions prévues aux articles 514-1 à 514-6 du Code de procédure civile (article 481-1, 6°)<sup>1</sup>.

## C. Voies de recours contre la décision rendue

Leur régime est identique à celui des voies de recours en matière de référé.

En effet (article 481-1, 7°), la décision du juge peut être frappée d'appel à moins qu'elle n'émane du premier président de la cour d'appel ou qu'elle n'ait été rendue en dernier ressort en raison du montant ou de l'objet de la demande. Le délai d'appel ou d'opposition est de quinze jours.

## Section 3 : Les procédures particulières

Le Code de procédure civile en prévoit un grand nombre. On en isolera trois : la procédure sur requête, la procédure d'injonction de payer et la procédure d'injonction de faire. Contrairement à la dernière, les deux premières ont une grande importance pratique.

### § 1 La procédure sur requête

Selon la définition qu'en donne l'article 493 du Code de procédure civile, « *L'ordonnance sur requête est une décision provisoire rendue non contradictoirement dans les cas où le requérant est fondé à ne pas appeler la partie adverse.* » La procédure sur requête appartient à tous les chefs de juridiction et aussi, depuis la loi du 23 mars 2019, au juge des contentieux de la protection au sein du tribunal judiciaire. Néanmoins, le président du tribunal judiciaire est le seul à pouvoir statuer sur requête en toutes matières et même au-delà de sa compétence d'attribution. On envisagera le domaine de la procédure sur requête puis son régime.

<sup>1</sup> Cf. *supra* : § 2 « Le référé », E. « Ordonnance de référé », 1. « Ordonnance tranchant la contestation » et les réf.

## A. Domaine de la procédure sur requête

Normalement le respect du principe de la contradiction (article 16 du Code de procédure civile) ou, ce qui revient au même, des droits de la défense, exige que chaque partie à un litige puisse discuter, contredire les arguments invoqués à son encontre par la partie adverse. Le défendeur doit donc être informé qu'une procédure est engagée à son encontre : si elle l'était à son insu, il ne pourrait faire valoir ses moyens de défense.

Cependant l'article 17 du Code de procédure civile envisage qu'une mesure puisse être ordonnée à l'insu d'une partie, « *lorsque la loi permet ou la nécessité commande* » qu'il en soit ainsi, à la condition que cette partie dispose d'un recours approprié contre la décision.

De fait, il arrive exceptionnellement qu'il y ait nécessité de ne pas appeler l'adversaire, soit parce qu'on ne veut pas qu'il soit présent<sup>1</sup>, soit parce qu'on ne peut pas l'identifier. Sur simple requête unilatérale d'un intéressé, le président du tribunal judiciaire ou, dans les limites de sa compétence, le juge des contentieux de la protection près de ce tribunal, peut donc prescrire de telles mesures (article 845 du Code de procédure civile)<sup>2</sup> dans deux séries de cas distincts : lorsque la loi le prévoit, d'une part, lorsque la mesure est urgente et que les circonstances exigent qu'elles ne soient pas prises contradictoirement, d'autre part.

### 1. La loi prévoit que la mesure puisse être ordonnée non contradictoirement

Une bonne illustration en est la rectification ou annulation judiciaire d'un acte d'État civil (articles 99 du Code civil, 1048 à 1050 du Code de procédure civile). Cette procédure permet de mettre un acte d'état civil en harmonie avec une réalité incontestée, erreur ou omission, par ex erreur sur le sexe d'un enfant ou sur son prénom dans un acte de naissance. Or le requérant n'a pas d'adversaire susceptible d'être appelé en la cause. Par la force des choses, le tribunal judiciaire sera donc saisi par une requête unilatérale. De fait, l'article 1050 renvoie à la procédure gracieuse et l'article 60 du Code de procédure civile prévoit que celle-ci est introduite par une requête.

### 2. La mesure est urgente et les circonstances exigent qu'elle ne soit pas prise contradictoirement

C'est le cas notamment lorsqu'on craint que la partie adverse ne fasse disparaître les preuves. Il appartient toutefois aux juges du fond de vérifier, même d'office, s'il existe des circonstances justifiant la mise à l'écart du principe de la contradiction, à peine d'exposer leur décision à une cassation pour manque de base légale<sup>3</sup>, voire pour violation de l'article 16 du Code de procédure civile<sup>4</sup> ou des articles 493 et 845 du même code<sup>5</sup>. Il ne leur suffit donc pas d'affirmer, par exemple, que l'ordonnance sur requête s'impose pour prévenir une disparition des éléments de preuves recherchés<sup>6</sup>.

Ex. autorisation d'un huissier de justice à se rendre chez un particulier pour dresser un constat d'adultère en prévision ou dans le cadre d'une procédure de divorce pour faute. Depuis l'introduction du divorce pour altération définitive du lien conjugal et l'uniformisation des effets du divorce quel qu'en soit la cause, le recours à un tel constat est plus rare, puisque son utilité s'est considérablement amenuisée.

Ex. autorisation d'un huissier de justice à se rendre dans des magasins d'une enseigne de grande distribution pour constater leur ouverture et leur emploi de salariés le dimanche, en violation de l'article L-221-5 du Code du travail interdisant aux commerces de faire travailler leurs salariés le dimanche<sup>7</sup>.

Ex. l'emploi de la procédure sur requête, au lieu de celui de la procédure contradictoire de référé, n'est pas suffisamment justifié par la seule allégation qu'il a été impossible d'identifier les personnes occupant sans droit ni titre un terrain et dont

<sup>1</sup> A défaut d'une telle volonté du demandeur, l'ordonnance rendue ne peut être qualifiée d'ordonnance sur requête au sens de l'article 493 du Code de procédure civile et être frappée d'un recours en rétractation en application de l'article 496 du même code, quand bien même les autres parties susceptibles d'être affectées par la mesure sollicitée n'auraient été ni appelées ni entendues (Civ. 2, 27 juin 2019, n° 18-12194 (P) ; *Dalloz actualité* 31 juillet 2019, obs. M. Kebir).

<sup>2</sup> Ancien article 812 du Code de procédure civile.

<sup>3</sup> Civ. 2, 11 février 2010, B. II, n° 32.

<sup>4</sup> Civ. 2, 26 juin 2014, n° 13-18895, B. II, n° 157.

<sup>5</sup> Civ. 3, 22 septembre 2016, n° 14-24277, B. III, n° 118.

<sup>6</sup> Civ. 2, 26 juin 2014, préc. ; Civ. 2, 19 mars 2015, n° 14-14389, B. II, n° 68.

<sup>7</sup> Soc. 10 juillet 2013, n° 12-12181 : « *ayant relevé que s'agissant de contrôler l'ouverture des magasins le dimanche, la mission confiée à l'huissier de justice avait plus de chance de succès si elle était exécutée de manière inopinée afin d'éviter que la société ne prenne la décision de maintenir fermés les magasins en cause à la date prévue pour éviter la constatation de la violation des dispositions légales qui lui était reprochée, la cour d'appel a caractérisé les circonstances justifiant une dérogation au principe de la contradiction et a par ses seuls motifs légalement justifié sa décision* ».



l'expulsion est sollicitée. Cette impossibilité doit être dûment établie, par un constat d'huissier, qui relate la vanité des diligences entreprises pour obtenir cette identité<sup>1</sup>.

## B. Régime de la procédure sur requête

Cette procédure suppose le dépôt, par le demandeur, d'une requête unilatérale, au sujet de laquelle le président du tribunal judiciaire ou le juge des contentieux de la protection, selon les cas, statuera par ordonnance.

### 1. Requête unilatérale

On indiquera quelles sont les formes que la requête doit satisfaire et la juridiction compétente pour en connaître.

#### a. Formes de la requête unilatérale

Il faut une requête motivée et établie en double exemplaire. Outre les mentions prescrites à peine de nullité par l'article 54 du Code de procédure civile, cette requête doit comporter l'indication précise des pièces invoquées (article 494, alinéa 1er, du Code de procédure civile). Selon la Cour de cassation, cette dernière exigence légale, destinée à assurer le respect du principe de contradiction, est prescrite à peine d'irrecevabilité de la requête<sup>2</sup>. En effet, son observation permet au destinataire de la requête d'apprécier, à l'examen de celle-ci, lorsqu'elle lui sera présentée avec l'ordonnance y ayant fait droit, si les pièces invoquées étaient de nature à justifier la décision prise ou bien si, au contraire, un référé-rétractation de la requête s'impose<sup>3</sup>.

La procédure sur requête devant le président du tribunal judiciaire est en principe une procédure soumise à représentation obligatoire et, partant, aux règles de la postulation (article 760 du Code de procédure civile). Le ministère d'avocat est donc indispensable devant cette juridiction sauf dans les cas prévus à l'article 761 du Code de procédure civile, notamment les contentieux de la protection.

Lorsque le ministère d'avocat est obligatoire, la requête, à peine de nullité, doit contenir la constitution de l'avocat du demandeur (article 757, avant-dernier alinéa, du Code de procédure civile) et être signée par cet avocat.

#### b. Juridiction compétente

Le juge territorialement compétent pour rendre une ordonnance sur requête est, sauf dispositions légales contraires, au choix du demandeur<sup>4</sup>, le président ou le juge du contentieux de la protection :

- du tribunal judiciaire compétent pour connaître de l'éventuelle instance au fond<sup>5</sup> ;
- du tribunal judiciaire du lieu où l'une des mesures demandées doit être exécutée<sup>6</sup>.

## 2. Ordonnance

<sup>1</sup> Paris 2 mars 2012, RG n° 11/0707 ; TGI Lille 17 septembre 2013, RG n° 13/00132 ; [www.gisti.org/spip.php?article4826](http://www.gisti.org/spip.php?article4826) et les autres décisions des juridictions du fond citées.

<sup>2</sup> Civ. 2, 11 février 2010, n° 08-21469, B. II, n° 34 ; D. 2010, 507, obs. J.-M. Sommer et 2102, obs. L. Leroy-Gissinger ; *Procédures* 2010, n° 112, obs. R. Perrot.

<sup>3</sup> Cf. *infra* : voies de recours contre l'ordonnance sur requête.

<sup>4</sup> Cf. *supra* : « Compétence territoriale ».

<sup>5</sup> Cf. Civ. 2, 5 mai 2011, n° 10-435, B. II, n° 104 : un juge des requêtes peut ordonner des mesures d'instruction à l'encontre d'une personne domiciliée dans le ressort d'une autre juridiction, dès lors qu'il est compétent pour connaître de l'éventuelle instance au fond.

<sup>6</sup> Civ. 2, 18 novembre 1992, n° 91-16447, B. II, n° 266 ; D. 1993, J. 91, note Y. Chartier ; JCP 1993, I, 3678, p. 231, obs. L. Cadet ; RTD civ. 1993, 648, obs. R. Perrot ; Civ. 2, 30 avril 2009, n° 08-15421, B. II, n° 105 ; D. 2009, 2321, note Pierre-Maurice ; Civ. 2, 15 octobre 2015, n° 14-17564 14-25654, B. II, n° 233 ; D. 2016, 449, obs. N. Fricero ; *ibid.* Chr. C. Cass. 736, obs. H. Adida-Canac, Th. Vasseur et E. de Leiris ; JCP 2015, 1231, obs. Ch. Lebel ; *ibid.*, 1279, note L. Lauvergnot ; Gaz. Pal. 2015, 1, 30, note L. Raschel : mesure d'instruction *in futurum* de l'article 145 du Code de procédure civile ; Com. 16 février 2016, n° 14-25340, B. IV, n° 31 : *idem*, de plus il suffit qu'une des mesures d'instruction doive être exécutée dans le ressort territorial de la juridiction saisie sur requête et une clause attributive de compétence territoriale ne peut tenir en échec celle de cette juridiction. Cf. *supra* : 1ère partie « L'accès au juge », titre II « La compétence », chap. I « Détermination de la compétence », section 2 « Détermination de la compétence territoriale », § 2 « Tempéraments et dérogations au principe de la compétence du tribunal du for du défendeur », A. « Tempéraments au principe », 7. « Référé et ordonnance sur requête ».

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Panthéon-Assas  
Licence droit 3ème année Melun 2023-2024

A l'issu de la procédure non contradictoire, le président va rendre une ordonnance motivée (article 495, alinéa 1er, du Code de procédure civile), dans laquelle il a pu accéder à la demande. Si tel est le cas, copies de l'ordonnance et de la requête seront notifiées à la personne à laquelle l'ordonnance est opposée (article 495, alinéa 3, du Code de procédure civile)<sup>1</sup>.

Imposée par l'article 495, alinéa 3<sup>2</sup>, cette formalité a pour seul but le rétablissement du principe de la contradiction, selon la Cour de cassation<sup>3</sup>. En effet, son accomplissement porte à la connaissance de la personne à laquelle l'ordonnance est opposée, les raisons qui ont déterminé le juge à accueillir la requête et lui permet ainsi d'apprécier l'opportunité d'un recours.

L'article 495, alinéa 3, ne précise pas la sanction de l'inobservation de la formalité qu'il édicte. Selon la Cour de cassation, à défaut de son accomplissement, la personne à laquelle l'ordonnance est opposée peut en obtenir la rétractation en agissant en référé, sur le fondement de l'article 496, alinéa 2, du code<sup>4</sup>. Les mesures autorisées par l'ordonnance rétractée perdent alors leur fondement juridique et sont frappées de nullité pour violation du principe de la contradiction<sup>5</sup>.

Pour la Cour de cassation, la personne à laquelle l'ordonnance est opposée, au sens de l'article 495, alinéa 3, est la personne qui supporte l'exécution de la mesure, qu'elle soit ou non défendeur potentiel au procès envisagé<sup>6</sup>. C'est donc à elle seule que copies de l'ordonnance et de la requête doivent être notifiées<sup>7</sup>. De fait, la notification à toute intéressé, recevable, en application de l'article 496, alinéa 2, du Code de procédure civile, à solliciter en référé la rétractation de l'ordonnance sur requête, se heurterait à des difficultés pratiques insurmontables, faute de pouvoir déterminer exhaustivement les personnes intéressées. Mais, si la formalité de l'article 495, alinéa 3 a bien pour seul but, comme l'affirme la Cour de cassation par ailleurs, de rétablir le principe de la contradiction, la notification de la copie de l'ordonnance et de la requête au défendeur potentiel devrait être imposée.

La Cour de cassation a, par ailleurs, institué un tempérament important à la règle de l'article 495, alinéa 3, énoncé de la manière suivante :

*« l'huissier de justice qui, en exécution d'une ordonnance le désignant sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile, s'est rendu sur les lieux de sa mission et a justifié de sa qualité, sans pouvoir exécuter cette mission, n'est pas tenu de laisser à la personne à laquelle l'ordonnance est opposée la copie prévue par l'article 495, alinéa 3, du même code »*<sup>8</sup>.

En conséquence, l'absence de signification dû au fait que le refus de cette personne a empêché l'huissier d'exécuter sa mission ne justifie pas une rétractation de l'ordonnance sur le fondement de l'article 496, alinéa 2, du Code de procédure civile, à la demande de cette personne<sup>9</sup>.

Par ailleurs, la fin exclusive de la formalité imposée par l'article 495, alinéa 3, est bien le rétablissement du principe de la contradiction, et non l'information préalable de la personne à laquelle l'ordonnance est opposée, de la mesure autorisée par le juge, sous peine de déjouer l'effet de surprise souhaité par le demandeur. En conséquence, aucun délai suffisant n'est requis pour permettre à la partie à laquelle on l'oppose, de prendre connaissance d'une copie de l'ordonnance ainsi que de la requête<sup>10</sup>. La Cour de cassation est néanmoins hésitante sur le point de savoir si la notification de la copie de l'ordonnance et de la requête doit être préalable à l'exécution de la mesure autorisée ou bien si elle peut même intervenir *a posteriori*<sup>11</sup>.

<sup>1</sup> Civ. 2, 10 février 2011, n° 10-13894, B. II, n° 36 ; D. 2012, 244, obs. N. Fricero ; *Procédures* 2011, comm. 136, obs. R. Perrot ; *RTD civ.* 2011, 388, obs. R. Perrot ; *Dr. et proc.* 2011, 122, note L. Lauvergnot ; *RLDC* 2011/82, p. 72, obs. C. Bléry ; Civ. 2, 1er septembre 2016, n° 15-23326, B. II, n° 200 ; *Daloz actualité*, 21 sept. 2016, obs. M. Kebir ; *Gaz. Pal.* 29 nov. 2016, p. 75, obs. L. Raschel ; *Dr. et proc.* 2017, 173, obs. S. Dorol ; *RTD civ.* 2017, 484, obs. N. Cayrol. Une simple signification en l'étude de l'huissier, selon les modalités prescrites par l'article 656 du code de procédure civile, ne répond pas à l'exigence de l'article 495, alinéa 3, du même code, selon laquelle copie de la requête et de l'ordonnance doit être laissée à la personne à laquelle elle est opposée (Civ. 2, 23 juin 2016, n° 15-19671, B. II, n° 170). Conformément à la lettre de l'article 495, alinéa 3, seule la copie de la requête et de l'ordonnance doivent être signifiées, à l'exclusion des pièces invoquées à l'appui de cette requête (Civ. 2, 14 janvier 2021 n° 20-15673 (P) ; *Gaz. Pal.* 27 avril 2021, p. 65, obs. N. Hoffschir).

<sup>2</sup> S. Pierre-Maurice « L'interprétation pragmatique de l'article 495, alinéa 3, du Code de procédure civile », *D.* 2017, 1540.

<sup>3</sup> Civ. 2, 10 janvier 2008, n° 06-21816, B. II, n° 6 ; *Dr. et proc.* 2008, 155, note O. Salati ; Civ. 2, 10 février 2011, Civ. 2, 1er septembre 2016, préc. ; R. Perrot « Remise de la requête introductive comportant l'indication des pièces », *Procédures* 2005, *Comm.* 5 ; *contra* : N. Cayrol, obs. *RTD civ.* 2017, 484, selon lequel cette formalité serait imposée par le caractère ostensible que doit nécessairement revêtir toute exécution forcée d'une décision de justice.

<sup>4</sup> Civ. 2, 27 février 2014, n° 13-10010, 13-10011, 13-10012 et 13-10014 (quatre arrêts) ; Civ. 2, 17 mars 2016, n° 14-29152. *Cf. infra* : c. « Voies de recours ».

<sup>5</sup> Civ. 2, 1er septembre 2016, préc. ; Civ. 2, 23 février 2017, n° 15-27954 16-10895.

<sup>6</sup> Civ. 2, 4 juin 2015, n° 14-14233, B. II, n° 145 ; D. 2015, *Chr. C. Cass.* 1791, obs. H. Adida-Canac, Th. Vasseur et E. de Leiris ; *ibid.* 2016, 167, obs. J.-D. Bretzner et 449, obs. N. Fricero ; *Gaz. Pal.* 22 septembre 2015, p. 26, note L. Raschel ; *JCP* 2015, 947, note M. Foulon et Y. Strickler ; *RLDC* 2014/120, p. 72, obs. L. Raschel ; Civ. 2, 13 novembre 2015, n° 13-27563 ; Civ. 2, 13 novembre 2015, n° 14-23717.

<sup>7</sup> *Ibid.*

<sup>8</sup> Civ. 2, 30 novembre 2016, n° 15-15035, B. II, n° 259 ; *Daloz actualité*, 15 déc. 2016, obs. M. Kebir.

<sup>9</sup> *Ibid.*

<sup>10</sup> Civ. 1, 19 mars 2015, n° 13-25311, B. I, n° 65.

<sup>11</sup> Pour la négative : Civ. 2, 10 février 2011, préc. ; Civ. 2, 26 septembre 2013, n° 12-23387 ; pour l'affirmative, dans une affaire où

L'ordonnance a un caractère provisoire (article 493 du Code de procédure civile) et n'a donc pas, au principal, l'autorité de la chose jugée : « *Le juge a la faculté de modifier ou rétracter son ordonnance, même si le juge du fond est saisi de l'affaire* » (article 497 du Code de procédure civile). Mais elle n'en est pas moins exécutoire de plein droit sur minute (article 495, alinéa 2, du Code de procédure civile).

La nature gracieuse ou contentieuse de l'ordonnance sur requête est discutée en doctrine<sup>1</sup>. L'intérêt pratique de la controverse est néanmoins réduit, car les ordonnances sur requête, quelle que soit leur nature, obéissent de toute façon à un corps de règles autonomes (articles 493 à 498 du Code de procédure civile)<sup>2</sup>.

Dans le sillage des réflexions de Pierre Hébraud<sup>3</sup>, cette question semble devoir appeler une réponse différenciée selon les circonstances<sup>4</sup>. Certes, aux termes de l'article 60 du Code de procédure civile, « *En matière gracieuse, la demande est formée par requête.* » Mais il ne faudrait pas en conclure que toute demande formée par requête est nécessairement gracieuse. Selon l'article 25 du Code de procédure civile, en effet, le juge statue en matière gracieuse « *en l'absence de litige* ». Or l'ordonnance sur requête peut avoir pour origine un litige, bien que celui-ci ne soit pas jugé contradictoirement, par exemple s'il est sollicité du juge de commettre un huissier autorisé à dresser un constat d'adultère, pour s'en servir dans une procédure en divorce pour faute. Au contraire, la mesure sollicitée peut être étrangère à un quelconque litige, par exemple une rectification ou annulation judiciaire d'un acte d'état civil (articles 99 du Code civil, 1048 à 1050 du Code de procédure civile). La nature gracieuse ou contentieuse de l'ordonnance sur requête dépend donc du contexte, litigieux ou non, dans lequel l'ordonnance sur requête s'inscrit. La procédure unilatérale à l'issue de laquelle l'ordonnance est rendue, n'implique pas fatalement que cette ordonnance ait une nature gracieuse.

Des arguments de texte complémentaires plaident en faveur d'une qualification variable, selon les circonstances, de l'ordonnance sur requête<sup>5</sup>.

Tout d'abord, l'article 493 du Code de procédure civile la définit comme « *une décision provisoire rendue non contradictoirement dans les cas où le requérant est fondé à ne pas appeler la partie adverse.* » Cette disposition signifie non pas qu'il n'existe pas d'adversaire, mais que le demandeur est dispensé de l'attirer immédiatement dans la procédure, pour des raisons d'efficacité. Elle n'exclut donc pas que l'ordonnance ait une nature contentieuse, si elle prend son origine dans un litige.

Ensuite, l'article 496, alinéa 1er, du Code civil, énonce que l'appel formé contre l'ordonnance rejetant la requête est « *instruit et jugé comme en matière gracieuse.* » C'est dire que, si la procédure suivie est calquée sur celle de la matière gracieuse, elle n'a pas forcément, en elle-même, un caractère gracieux.

### 3. Voies de recours contre l'ordonnance

Il convient de distinguer entre l'hypothèse où le juge fait droit à la requête et celle où il la rejette.

#### a. Ordonnance accueillant la requête

L'atteinte au principe fondamental du contradictoire n'est tolérée que dans la mesure où la contradiction peut être ultérieurement rétablie<sup>6</sup>. Il s'agit en effet d'un principe directeur du procès, énoncé à l'article 17 du Code de procédure civile<sup>7</sup> : « *Lorsque la loi permet ou que la nécessité commande qu'une mesure soit ordonnée à l'insu d'une partie, celle-ci dispose d'un recours approprié contre la décision qui lui fait grief.* » La contradiction n'aura été ainsi que décalée, différée<sup>8</sup>.

En l'occurrence, le « *recours approprié* » consiste en la faculté offerte à « *tout intéressé* », d'« *en référer au juge qui a rendu la requête* » (article 496, alinéa 2, du Code de procédure civile). Ainsi un référé est-il ouvert à tout intéressé, aux fins d'obtenir la rétractation de la décision<sup>9</sup>.

---

l'ordonnance elle-même le prévoyait : Civ. 2, 4 septembre 2014, n° 13-22971, *D.* 2015, *Pan.* 296, obs. N. Fricero ; *Procédures* 2014, n° 291, note H. Croze ; *Dr. et proc.* 2015, 201, note S. Dorol.

<sup>1</sup> Chainais et alii, *op. cit.*, n° 1976 et suiv.

<sup>2</sup> *Ibid.*, n° 2000.

<sup>3</sup> P. Hébraud, *D.* 1946, L. 333, spéc. 343.

<sup>4</sup> Chainais et alii, *op. cit.*, n° 1979.

<sup>5</sup> *Ibid.*, n° 1999-2000.

<sup>6</sup> Civ. 2, 7 juillet 2016, n° 15-21579, *B. II*, n° 188 ; *D.* 2016, 1574 : il en résulte que c'est au jour du dépôt de la requête initiale, que l'existence des conditions d'ouverture de la procédure sur requête doivent être contradictoirement examinées.

<sup>7</sup> *Cf. supra.*

<sup>8</sup> Chainais et alii, *Procédure civile*, n° 1955 ; *cf. supra.*

<sup>9</sup> *Cf. Civ. 2*, 19 février 2015, n° 13-28223, *B. II*, n° 42.

Ce référé-rétractation est soustrait aux conditions habituelles des référés, telles l'urgence ou l'absence de contestation sérieuse. Il n'est soumis à aucun délai spécifique d'exercice<sup>1</sup>.

Le juge sera notamment amené à rétracter son ordonnance sur requête s'il estime, en définitive, que la requête et l'ordonnance ne motivaient pas suffisamment l'éviction de la contradiction<sup>2</sup>.

S'il est fait droit au référé, le président rétracte son ordonnance, si bien que celle-ci sera considérée comme nulle et non avenue, quitte à revenir sur des mesures déjà exécutées<sup>3</sup>. Cela étant, que le référé soit accueilli ou rejeté, l'ordonnance de référé pourra être frappée d'un recours selon les dispositions applicables à la procédure de référé. En somme, la procédure de rétractation en référé remet les parties exactement dans la même situation que si la demande avait d'emblée été formulée contradictoirement, si ce n'est que le demandeur devient celui qui était défendeur à l'origine.

L'instance en rétractation d'une ordonnance sur requête a pour seul objet de soumettre à l'examen d'un débat contradictoire les mesures initialement ordonnées à l'initiative d'une partie en l'absence de son adversaire. La saisine du juge de la rétractation se trouve limitée à cet objet. Dès lors, seul le juge des requêtes qui a rendu l'ordonnance peut être saisi d'une demande de rétractation de celle-ci<sup>4</sup>.

Une personne peut être intéressée à la rétractation de l'ordonnance au sens de l'article 496, alinéa 2, du Code de procédure civile même si elle n'est pas celle à laquelle l'ordonnance a été opposée en application de l'article 495, alinéa 3, du même code. Il suffit qu'elle justifie d'un intérêt légitime au sens de l'article 31 du Code de procédure civile, pour que sa demande en référé-rétractation soit recevable. En particulier, le défendeur potentiel à l'action au fond envisagée est nécessairement une personne intéressée au sens du premier texte, quand bien même l'ordonnance ne lui pas été opposée en application du second<sup>5</sup>.

#### b. Ordonnance rejetant la requête

L'article 496, alinéa 1er, du Code de procédure civile précise que le requérant peut faire appel de l'ordonnance rejetant la requête, dans un délai de quinze jours, à moins que l'ordonnance n'émane du premier président de la cour d'appel. Selon la Cour de cassation, le délai de quinze jours court de son prononcé ou de la date à laquelle le requérant en a eu connaissance, quand bien même elle ne lui aurait pas été notifiée<sup>6</sup>. L'appel est formé, instruit et jugé comme en matière gracieuse (même texte).

## § 2 La procédure d'injonction de payer

La procédure d'injonction de payer a été empruntée à la procédure allemande dite de *Mahnverfahren*, que le droit local alsacien-mosellan connaissait<sup>7</sup>. Elle est régie par les articles 1405 à 1425 du Code de procédure civile<sup>8</sup>. Cette procédure permet au créancier d'obtenir du juge un titre exécutoire contre un débiteur récalcitrant, en déposant au greffe du tribunal une requête indiquant le montant de la créance accompagnée des documents justificatifs. Elle est un moyen rapide, simple et peu coûteux pour un créancier d'obtenir un titre exécutoire. Elle connaît un fort succès, puisqu'elle permet d'évacuer la moitié des contentieux d'instance relativement au recouvrement.

Les huissiers la pratiquent couramment, car la requête en injonction de payer n'a pas besoin d'être plaidée et l'expérience montre qu'une proportion élevée de débiteurs ne font pas opposition à l'ordonnance rendue unilatéralement à la demande du créancier. Les avocats en sont moins friands, parce qu'ils redoutent, précisément, l'opposition *a posteriori* du débiteur, génératrice d'une perte de temps et de frais supplémentaires.

A la vérité, le type de créance détermine le choix du créancier d'utiliser soit la procédure d'injonction de payer, soit une procédure contradictoire comme un référé-provision, afin de recouvrer son dû. Lorsque la créance est telle qu'une opposition *a posteriori* du débiteur apparaît peu probable, le créancier recourt à la procédure d'injonction de payer : facture de téléphone mobile, facture d'électricité, d'eau ou de gaz, par exemple, demeurée en souffrance en dépit de plusieurs relances préalables. Au contraire, lorsque la créance est de celle

<sup>1</sup> Civ. 2, 26 novembre 1990, *Gaz. Pal.* 1991, *somm.* 466, obs. H. Croze et Ch. Morel ; Civ. 2, 17 octobre 2002, *D.* 2002, 3244.

<sup>2</sup> Chainais et *alii*, *op. cit.*, n° 1957.

<sup>3</sup> Civ. 2, 23 juin 2016, n° 15-15186, *B. II*, n° 169.

<sup>4</sup> Civ. 2, 19 mars 2020, n° 19-11323 (P) ; *Dalloz Actualité* 11 juin 2020, obs. G. Sansone.

<sup>5</sup> Civ. 2, 1er septembre 2016, n° 15-19799, *B. II*, n° 194 ; *D.* 2018, 259, obs. J.-D. Brezner ; *Procédures* n° 11, novembre 2016, *comm.* 318, note Y. Strickler.

<sup>6</sup> Civ. 2, 22 février 2007, *RTD civ.* 2007, 385, obs. R. Perrot.

<sup>7</sup> Stricker et Vanek, *Procédure civile*, n° 348 ; P. Weil « La nouvelle injonction de payer », *Gaz. Pal.* 1981, 2, *doctr.* 484.

<sup>8</sup> *Cf. supra.*

qui appellent plus aisément une contestation de la part du débiteur, le créancier emploie une procédure contradictoire, un référé-provision si la créance ne semble, en réalité, pas sérieusement contestable, sinon la procédure au fond.

On traitera du domaine, puis du régime de la procédure d'injonction de payer.

#### A. Domaine de la procédure d'injonction de payer

La procédure d'injonction de payer a un domaine bien précis (article 1405 du Code de procédure civile). Elle ne peut en effet être utilisée que pour le recouvrement de créances d'un montant déterminé :

- ayant une cause contractuelle
- ou résultant d'une obligation statutaire (charges de copropriété, par exemple, mais pas créance délictuelle, quasi-délictuelle ou quasi-contractuelle)
- ou encore cambiaire, c'est-à-dire fondée sur un effet de commerce

La loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 « portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité », dite « loi Perben II », a également permis à la victime d'une infraction pénale bénéficiant d'une ordonnance de validation d'une mesure de composition pénale, lorsque l'auteur des faits s'est engagé à lui verser des dommages-intérêts, d'en demander le recouvrement suivant la procédure d'injonction de payer, conformément aux règles prévues par le Code de procédure civile, à la condition notamment que ledit auteur ne soit pas mineur (article 41-2 du Code de procédure pénale).

#### B. Régime de la procédure d'injonction de payer

Cette procédure débute par une requête, à la suite de laquelle le juge saisi rend une ordonnance, parfois mais pas toujours susceptible de recours.

##### 1. Requête en injonction de payer

On indiquera les formes de la requête, puis on précisera la juridiction compétente pour en connaître.

###### a. Formes de la requête

L'injonction de payer ou de faire prend la forme d'une requête unilatérale, remise ou adressée au greffe de la juridiction compétente.

Cette requête doit comporter les mentions prescrites à peine de nullité par l'article 57 du Code de procédure civile pour la requête en général. Mais la requête en injonction de payer doit en outre comporter l'indication précise du montant de la somme réclamée avec le décompte des différents éléments de la créance ainsi que le fondement de celle-ci. Elle doit enfin être accompagnée des pièces justificatives (article 1407 du Code de procédure civile).

La requête peut être présentée par le demandeur ou par tout mandataire de ce dernier, quelle que soit la juridiction saisie (article 1407 du Code de procédure civile et article 4-III de la loi du 13 décembre 2011, texte à portée générale). Ainsi, lorsqu'à raison de la nature de la créance, le président du tribunal judiciaire ou du tribunal de commerce est compétent, la procédure applicable devant cette juridiction est exceptionnellement sans représentation obligatoire.

En sa rédaction issue de l'article 27 de la loi du 23 mars 2019 de « programmation et de réforme de la justice », dite loi « Belloubet », l'article L. 211-18 du Code de l'organisation judiciaire a prévu que la requête en injonction de payer devrait, en principe, être présentée sous forme dématérialisée devant le tribunal judiciaire, à moins qu'elle n'émane d'une personne physique n'agissant pas à titre professionnel et non représentée par un mandataire ou qu'elle ne relève de la procédure européenne d'injonction de payer.

###### b. Juridiction compétente

La compétence d'attribution, puis la compétence territoriale doivent être successivement examinées.

α) Compétence d'attribution

Selon l'article 1406, alinéa 1er, du Code de procédure civile, les juridictions compétentes sont les suivantes, dans les limites de leurs compétences d'attribution respectives :

- président du tribunal judiciaire
- juge des contentieux de la protection
- président du tribunal de commerce

β) Compétence territoriale

Aux termes de l'article 1406, alinéa 2, du Code de procédure civile, la juridiction territorialement compétente est celle du lieu où demeure le débiteur poursuivi.

L'article 1406, alinéa 3, du même code précise que les règles gouvernant la compétence d'attribution et la compétence territoriale en matière d'injonction de payer sont d'ordre public et que le juge doit relever d'office son incompétence si nécessaire.

2. Ordonnance portant injonction de payer

Si le juge considère que la requête est fondée, il va rendre une ordonnance d'injonction de payer (article 1409, alinéa 1er, du Code de procédure civile). Le greffe remet alors au requérant une copie certifiée conforme de la requête et de l'ordonnance revêtue de la formule exécutoire et lui restitue les documents produits (article 1410, alinéa 2, du Code de procédure civile). Par dérogation au principe général énoncé par l'article 455 du Code de procédure civile, cette ordonnance n'a, selon la jurisprudence, pas besoin d'être motivée<sup>1</sup>.

Bien qu'elle soit revêtue de la formule exécutoire, et contrairement à l'ordonnance sur requête, l'ordonnance d'injonction de payer n'a pas force exécutoire, tant qu'elle peut être frappée d'opposition par le débiteur ou si elle est frappée effectivement d'une telle opposition (article 1422 du Code de procédure civile),

Jusque-là, elle n'a même pas autorité de la chose jugée, d'où la Cour de cassation a déduit qu'elle n'est pas une décision de justice au sens de l'article 511-2 du Code des procédures civiles d'exécution, pouvant fonder une mesure conservatoire du créancier sans autorisation préalable du juge de l'exécution<sup>2</sup>.

Une copie certifiée conforme de la requête et de l'ordonnance revêtue de la formule exécutoire est signifiée au débiteur dans un délai de six mois à compter de sa date (article 1411, alinéa 1er, du Code de procédure civile). A cette copie de la requête sont joints les documents justificatifs produits à l'appui de la requête (même texte). L'idée est donc qu'à la réception de cette ordonnance, dont il comprend la raison d'être à la lecture de la copie de la requête et des documents justificatifs, le débiteur se résolve à payer au créancier ce qu'il lui doit.

A défaut de signification au débiteur dans le délai imparti de six mois, l'ordonnance est « *non avenue* » (article 1411, alinéa 1er, précité). Le créancier doit donc veiller à ne pas laisser passer ce délai, sinon il lui faudra recommencer toute la procédure.

3. Voies de recours contre l'ordonnance

Elles diffèrent selon que l'ordonnance fait droit à la requête en injonction de payer ou qu'elle la rejette.

a. Ordonnance portant injonction de payer

Même si, en faisant droit à la requête, l'ordonnance d'injonction de payer accorde des délais de paiement au débiteur, elle n'est pas susceptible d'appel de la part du créancier (article 1422, alinéa 2, du Code de procédure civile).

Si le juge fait droit à la requête, le débiteur, quant à lui, peut contester l'ordonnance rendue par la

<sup>1</sup> Com. 9 janvier 1961, *B. III*, n° 18 ; Com. 25 octobre 1965, *B. III*, n° 525 ; *JCP* 1966, éd. A., IV, n° 4773, obs. J.A. ; *D.* 1966, *J.* 40 ; *RTD civ.* 1966, 386, obs. P. Raynaud ; Civ. 2, 16 mai 1990, *B. II*, n° 103.

<sup>2</sup> Strickler et Vanek, *op. cit.*, n° 356 ; J. Viatte « Les voies de recours en matière d'injonction de payer », *Gaz. Pal.* 1978, 2, *doctr.* 378 ; Civ. 2, 13 septembre 2007, n° 06-14730, *B. II*, n° 218 ; *BICC* 15 janvier 2008, n° 45 ; *Procédures* 2007, *comm.* 250, R. Perrot ; *RTD civ.* 2007, 813, obs. R. Perrot.

voie d'une opposition à injonction de payer, dans le mois suivant la signification de l'ordonnance (articles 1412 et 1416 du Code de procédure civile).

L'opposition est portée devant la juridiction qui a rendu l'ordonnance portant injonction de payer (article 1415, alinéa 1er). Elle est formée au au greffe soit par déclaration contre récépissé, soit par lettre recommandée A.R. (article 1415, alinéa 2). A peine de nullité, l'opposition mentionne l'adresse du débiteur (article 1415, alinéa 4).

L'opposition est soustraite aux règles de la représentation obligatoire, comme l'était la requête elle-même, y compris lorsque la juridiction compétente est le président du tribunal judiciaire. En effet, elle peut être formée par le débiteur lui-même ou par tout mandataire, le mandataire, s'il n'est avocat, devant justifier d'un pouvoir spécial (article 1415, alinéas 2 et 3, du Code de procédure civile).

Le délai d'opposition et l'opposition elle-même sont suspensifs d'exécution (article 1422, alinéa 1er, du Code de procédure civile).

Devant le tribunal judiciaire, dans les matières autres que celles visées aux articles 761 et 817 du Code de procédure civile, où les parties sont dispensées de constituer avocat, la procédure applicable est la procédure écrite ordinaire (article 1418 du Code de procédure civile). Le créancier comme le débiteur doivent donc constituer avocat, dans un délai de quinze jour à compter de la notification de l'opposition pour le créancier et dans un délai de quinze jours à compter du moment où le créancier l'informe de sa propre constitution, pour le débiteur (article 1418, antépénultième et avant-dernier alinéas).

Dans les matières dispensées d'avocat, le tribunal judiciaire, le juge des contentieux de la protection ou le tribunal de commerce, selon les cas, constate l'extinction de l'instance si aucune des parties ne comparait (article 1419, alinéa 1er, du Code de procédure civile). Si le créancier ne comparait pas par avocat lorsque la procédure écrite ordinaire est applicable devant le tribunal judiciaire, le président constate également l'extinction de l'instance (article 1419, alinéa 2). Dans tous les cas, le défaut de comparution rend non avenue l'ordonnance d'injonction de payer (article 1419, alinéa 3). Selon la Cour de cassation, la signification de l'ordonnance d'injonction de payer s'en trouve privée de son effet interruptif de prescription, en application de l'article 2243 du Code civil<sup>1</sup>.

S'il est saisi d'une opposition dans le délai d'un mois et que le débiteur ne s'en désiste pas ultérieurement, le tribunal rend un jugement contradictoire qui se substitue à l'ordonnance d'injonction de payer (article 1420 du Code de procédure civile). Par conséquent, ici encore, on assiste à une contradiction décalée ou différée. Ce jugement est susceptible de recours conformément au droit commun, notamment d'appel si le montant de la créance excède le taux du ressort (article 1421 du Code de procédure civile).

En revanche, à défaut d'opposition formée dans le délai imparti ou en cas de désistement du débiteur ayant formé opposition, l'ordonnance acquiert tous les effets d'un jugement contradictoire, notamment l'autorité de la chose jugée<sup>2</sup>, ainsi que la force exécutoire (article 1422, alinéa 2, du Code de procédure civile). Là encore, l'ordonnance d'injonction de payer diffère de l'ordonnance sur requête, laquelle n'a pas d'autorité de la chose jugée au principal.

#### b. Ordonnance rejetant la requête en injonction de payer

Aux termes de l'article 1409, alinéa 2, du Code de procédure civile : « *Si le juge rejette la requête, sa décision est sans recours pour le créancier, sauf à celui-ci à procéder selon les voies de droit commun* ». Le créancier ne dispose donc d'aucun recours, même pas du pourvoi en cassation<sup>3</sup>. Sa seule ressource est de procéder « selon les voies de droit commun », c'est-à-dire d'employer une procédure contradictoire, en assignant son débiteur devant la juridiction compétente, aux fins de le voir condamner à lui payer sa créance.

### § 3 La procédure d'injonction de faire

A côté de la procédure d'injonction de payer, le législateur a prévu une injonction de faire (articles 1425-1 et suiv. du Code de procédure

<sup>1</sup> Civ. 2, 19 novembre 2020, n° 19-20238 (P).

<sup>2</sup> Civ. 1, 1er octobre 2014, n° 13-22388, B. I, n° 156 ; RTD civ. 2014, 940, obs. critiques Ph. Théry ; Civ. 1, 12 mai 2016, n° 15-13435, B. I, n° 107 ; Civ. 2, 1er février 2018, n° 17-10849, B. II, n° 16 ; JCP 2018, doctr. 530, obs. critiques L. Mayer : le débiteur à l'encontre duquel l'ordonnance d'injonction de payer est intervenue, ne saurait remettre en question l'autorité de la chose jugée attachée à celle-ci, en invoquant, dans une instance ultérieure, des moyens qui n'avaient pas été débattus contradictoirement devant le juge saisi de la demande d'injonction de payer. En effet, « *il incombe au défendeur de présenter, dès l'instance relative à la première demande, l'ensemble des moyens qu'il estime de nature à justifier son rejet total ou partie* » ; comp., antérieurement : Civ. 1, 18 janvier 2000, B. I, n° 11 ; D. 2001, somm. 693, obs. L. Aynès ; JCP 2000, I, 257, n° 2, obs. Ph. Simler.

<sup>3</sup> Com. 18 février 1969, B. III, n° 67 ; D. 1969, 314 ; RTD civ. 1969, 623, obs. P. Raynaud ; JCP 1969, éd. A., IV, n° 5477, obs. J.A.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Panthéon-Assas  
Licence droit 3ème année Melun 2023-2024

civile.) Plus récente que l'injonction de payer (décret du 4 mars 1988), elle obéit à peu près au même état d'esprit. Toutefois la connaissance de cette procédure était naguère l'apanage du tribunal d'instance. Depuis le décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019, le président du tribunal judiciaire ou le juge des contentieux de la protection, selon les cas, a vocation à en connaître (article 1425-1 du Code de procédure civile).

A l'instar de la procédure d'injonction de payer, la procédure d'injonction de faire est une procédure initialement unilatérale, qui relevait naguère de la compétence du juge d'instance et aujourd'hui relève du président du tribunal judiciaire ou du juge des contentieux de la protection selon les cas. Mais son succès a pour le moins été mitigé, en raison de son efficacité toute relative<sup>1</sup>.

A. Domaine de la procédure d'injonction de faire

Aux termes de l'article 1425-1 du Code de procédure civile :

*« L'exécution en nature d'une obligation née d'un contrat conclu entre des personnes n'ayant pas toutes la qualité de commerçant peut être demandée au juge des contentieux de la protection ou au tribunal judiciaire dans les matières visées à l'article 817. »*

Le texte évoque l'exécution en nature d'une obligation née d'un contrat conclu entre commerçant et non commerçant ou entre non commerçants. La procédure d'injonction de faire a ainsi vocation notamment à protéger les consommateurs, en leur permettant d'obtenir l'exécution rapide et simplifiée des obligations de faire dont ils sont créanciers.

Les matières dans lesquelles la procédure d'injonction de faire est applicable sont celles où la valeur de la prestation inexécutée est inférieure ou égale à 10 000 € ou qui relèvent des contentieux de la protection (articles 761 et 817, auquel l'article 1425-1 renvoie *in fine*, combinés).

B. Déroulement de la procédure d'injonction de faire

Le créancier d'un contrat inexécuté forme une requête en injonction de faire (article 1425-3 du Code de procédure civile). Si la demande lui paraît fondée, le juge rend une ordonnance d'injonction de faire précisant l'objet de l'obligation et le délai d'exécution. L'ordonnance est notifiée par le greffe aux parties par lettre recommandée A.R., doublée d'une lettre simple (article 1425-5). Si l'injonction fait fléchir le professionnel, l'objectif est atteint, avec les conséquences qui en résultent sur l'instance (article 1425-7 du Code de procédure civile). En cas d'inexécution partielle ou totale, au contraire, le tribunal statuera contradictoirement sur la demande après avoir tenté une conciliation (article 1425-8). Ainsi la seule sanction du non-respect de l'ordonnance d'injonction de faire est-elle la convocation du débiteur à une audience contradictoire (article 1425-4).

## Chap. II : Les procédures devant les juridictions d'exception

La juridiction d'exception par excellence en matière strictement civile était le tribunal d'instance. Il était, à dire vrai, assez difficile de définir la spécialité du tribunal d'instance, qui a suscité des réflexions doctrinales. C'était une juridiction chargée de régler les litiges de la vie quotidienne. Elle fut un temps concurrencée sur ce terrain par la juridiction de proximité compétente sur des plus petits litiges, mais cette dernière juridiction a été supprimée au 1er juillet 2017. Désormais le tribunal judiciaire a absorbé le tribunal d'instance et lui-même ou ses chambres de proximité lorsqu'il en comprend, connaissent du contentieux naguère dévolu au tribunal d'instance, suivant une procédure pour l'essentiel inspirée de celle qui était applicable devant ce dernier.

Mais l'organisation judiciaire française continue de comprendre d'autres juridictions d'exception de première instance que feu le tribunal d'instance. Ces juridictions d'exception sont soumises à des règles de procédure spécifiques qu'on n'étudiera pas dans ce cours : tribunal de commerce, conseil de prud'hommes, tribunal paritaire des baux ruraux.

## Titre III : Incidents d'instance

Les incidents sont tout simplement des facteurs de complication de l'instance qu'il faut résoudre dans le cadre de l'instance. Il existe plusieurs sortes d'incidents : des incidents de compétence, des incidents relatifs au personnel judiciaire. Il existe aussi des incidents relatifs à la preuve qu'il faut absolument résoudre, puisqu'il appartient aux parties de prouver les faits au succès de leurs prétentions, encore que le juge dispose de pouvoirs en la matière. Enfin, il y a des incidents relatifs au cours de l'instance elle-même. En effet, il arrive que des incidents provoquent des retournements de situation et modifient le cours normal d'une instance. Les incidents de compétence ayant déjà été traités et ceux relatifs au personnel judiciaire ne pouvant l'être, faute de temps, on traitera des deux autres catégories d'incidents.

<sup>1</sup> Strickler et Varnek, *Procédure civile*, n° 349.



Chap. I : Incidents relatifs à la preuve  
Chap. II : Incidents relatifs au cours de l'instance

### Chap. I : Incidents relatifs à la preuve

Les principes directeurs consacrés à la preuve sont énoncés aux articles 9 et 10 du Code de procédure civile. Il découle de ces principes qu'il existe en fait deux moyens de preuve : les preuves pré-constituées, fournies par les plaideurs au soutien de leurs prétentions. Aussi le titre VII du livre premier du Code de procédure civile sur la question de la preuve commence-t-il par traiter de la question des pièces. Mais il y a une seconde catégorie de preuves, ce sont celles qui se cherchent au cours de l'instance : elles doivent être ordonnées par le juge et mise en œuvre sous son contrôle. Il s'agit des mesures d'instruction qui sont réglementées aux articles 143 à 284-1 du code, toujours dans le titre VII du livre premier.

### Section 1 : Les pièces

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

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

La communication doit être spontanée, volontaire. A défaut, le juge peut ordonner, à la demande d'une partie, la communication d'une pièce par son adversaire.

##### A. Communication spontanée

Les parties sont obligées de se communiquer mutuellement les pièces dont elles se prévalent. Mais l'exécution de cette obligation est présumée, sauf contestation.

###### 1. Obligation de communiquer les pièces

La portée de cette obligation de communiquer doit être précisée, ainsi que les circonstances dans lesquelles elle doit intervenir.

###### a. Portée de l'obligation de communiquer les pièces

Celui qui fait état d'une pièce doit la communiquer à l'autre partie à l'instance. A défaut, la pièce invoquée sera écartée des débats, de sorte que la partie ne pourra s'en prévaloir utilement devant le juge (article 135 du de procédure civile). Le juge ne prendra pas cette pièce en compte pour rendre sa décision. La sanction du défaut de communication est donc radicale.

###### b. Circonstances de la communication des pièces

La communication des pièces doit non seulement être spontanée (article 132 du Code de procédure civile), mais encore intervenir en temps voulu (article 135 du Code)<sup>1</sup>.

###### 2. Présomptions de communication des pièces

Quant à la preuve de la communication, elle résultera du bordereau que chaque avocat établit en énumérant les pièces, l'original étant laissé à la partie adverse et une copie étant donnée au tribunal.

Malgré tout, la jurisprudence a dû poser des présomptions de communication pour ne pas écarter du débat des pièces qui ont été régulièrement communiquées, mais dont aucune preuve directe de cette communication ne peut être faite<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Cf. *supra* : « Le principe du contradictoire en cours de l'instance ».

<sup>2</sup> Cf. *supra* : « Le principe du contradictoire en cours de l'instance ».

a. Pièces visées dans les conclusions

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

b. Pièces non visées dans les conclusions

Dans l'hypothèse où ces pièces ne sont pas visées par les conclusions mais que les juges se sont appuyés sur ces documents dont la production au débat n'a donné lieu à aucune contestation devant eux, ces pièces bénéficient d'une présomption de régularité en ce qui concerne leur communication et leur production. Là encore, il ne s'agit que d'une présomption simple, que la partie qui se plaint de ne pas avoir reçu communication régulière, peut renverser par tous moyens.

B. Communication ordonnée

Il peut arriver qu'une partie invoque une pièce à l'appui de ses prétentions et se refuse à la communiquer à son adversaire, malgré la demande de celui-ci. L'adversaire pourra alors s'adresser au juge pour obtenir cette communication. Dans la fixation des modalités de la communication et dans la sanction du défaut de communication, le juge dispose de certains pouvoirs.

1. Demande d'une partie

Si la communication n'est pas volontaire, la partie qui en est victime peut demander au juge d'enjoindre à son adversaire d'effectuer la communication (article 133 du Code de procédure civile)<sup>1</sup>. La demande peut être faite « *sans forme* » (même texte).

2. Décision du juge

Le juge fixe librement les modalités de la communication au besoin sous astreinte (article 134 du Code de procédure civile). L'idéal est que la partie s'exécute devant l'injonction. Si, malgré tout, les pièces litigieuses ne sont pas communiquées, le juge devra les écarter des débats (article 135). Et si jamais le juge venait à les utiliser, le jugement serait entaché d'une violation des droits de la défense, l'exposant à la réformation par la cour d'appel s'il a été rendu en premier ressort et à la cassation s'il a été rendu en dernier ressort.

§ 2 La production forcée des pièces

• Position du problème

Cette hypothèse ne doit pas être confondue avec la précédente. Le Code de procédure civile en traite distinctement, dans les articles 138 à 142. En l'occurrence, en effet, une partie détient une pièce qui pourrait servir la cause de son adversaire et se garde de la verser aux débats ; au lieu que, dans l'hypothèse précédente, une partie s'abstenait de communiquer à son adversaire une pièce dont elle se prévalait à l'appui de ses prétentions. Le problème est donc plus grave, car la question est de savoir si on peut obliger une partie à produire une pièce qui dessert ses intérêts.

Au lieu d'une partie, ce peut-être un tiers étranger au litige – personne physique ou morale, de droit privé ou de droit public – qui refuse de produire une pièce pouvant servir la cause d'une partie. La question se pose également, avec davantage d'acuité encore, de savoir si on peut l'obliger à produire cette pièce.

• Évolution du droit positif

Pendant longtemps, la jurisprudence dominante se refusa à ordonner la production forcée de pièces à une partie, au motif que cette solution aboutirait à une inversion du fardeau de la preuve. L'action *ad exhibendum* était refusée, au nom de l'adage *Nemo contra se edere tenetur*<sup>2</sup> – nul n'est tenu de prouver

<sup>1</sup> Cf. *supra* : « Le principe du contradictoire en cours d'instance ».

<sup>2</sup> Roland et Boyer, *Adages du droit français*, 3ème éd., n° 235.

contre lui-même – *a fortiori* quand la personne contre laquelle la demande était dirigée, était un tiers<sup>1</sup>. Mais il en résultait que le juge rendait une décision dont il pouvait conjecturer qu'elle était éloignée de la vérité. Le « droit à la dissimulation » ainsi reconnu à une des parties apparaissait contraire à la loyauté des débats<sup>2</sup>.

Aussi le législateur contemporain a-t-il renversé le principe, en consacrant le pouvoir pour le juge d'enjoindre à une partie, voire à un tiers, de produire contre son gré une pièce décisive pour la solution du litige, dans les articles 138 à 142 précités du Code de procédure civile. Mais il a fallu, au préalable, donner une assise législative à ce pouvoir, d'où l'article 10 du Code civil, issu de la loi du 5 juillet 1972 :

*« Chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité.  
« Celui qui, sans motif légitime, se soustrait à cette obligation lorsqu'il en a été légalement requis, peut être contraint d'y satisfaire, au besoin à peine d'astreinte ou d'amende civile, sans préjudice de dommages et intérêts. »*

L'article 11, alinéa 2, du Code de procédure civile, confirme ce pouvoir dont le juge est désormais investi :

*« Si une partie détient un élément de preuve, le juge peut, à la requête de l'autre partie, lui enjoindre de le produire, au besoin à peine d'astreinte. Il peut, à la requête de l'une des parties, demander ou ordonner, au besoin sous la même peine, la production de tous documents détenus par des tiers s'il n'existe pas d'empêchement légitime. »*

Malgré les différences fondamentales entre les deux situations, le régime de la production forcée des pièces se rapproche, à certains égards, de celui de l'injonction à une partie de communiquer des pièces, vue précédemment, qu'il s'agisse des conditions de mise en œuvre ou des pouvoirs du juge qui ordonne la production forcée.

#### A. Conditions de mise en œuvre de la production forcée de pièces

Il faut une demande d'une partie au juge. Bien que l'article 138 n'envisage de demande que « *dans le cours de l'instance* », la jurisprudence<sup>3</sup> admet qu'elle puisse être présentée à titre principal, avant tout procès au fond, en empruntant la voie du référé-probatoire de l'article 145 du Code de procédure civile<sup>4</sup>. Il en va ainsi même si la demande de production forcée concerne des pièces détenues par un tiers à l'instance de référé<sup>5</sup>.

La demande doit cependant remplir certaines exigences et ne pas se heurter à un obstacle, pouvant notamment tenir à l'intérêt légitime du détenteur de la pièce.

##### 1. Pertinence de la demande de communication de pièces

Selon l'article 139, alinéa 1er, du Code de procédure civile, « *la demande est faite sans forme.* » La jurisprudence et le Code de procédure civile subordonnent néanmoins la recevabilité de cette demande à des conditions qui doivent permettre au juge d'en apprécier la pertinence<sup>6</sup>.

###### a. Précision de la demande

Tout d'abord, la demande doit être précise<sup>7</sup>, c'est-à-dire qu'il faut désigner la pièce réclamée, car une partie ne saurait obtenir du juge un droit d'examen général de l'ensemble des documents détenus par son adversaire. En effet, la pièce réclamée doit être en relation suffisante avec les faits de l'espèce ; elle doit en tous cas permettre ou favoriser la solution du litige. En bref, il faut convaincre le juge qu'il n'y a pas d'autre moyen d'obtenir cette pièce, qui est indispensable à la manifestation de la vérité.

<sup>1</sup> Cadiet et Jeuland, *op. cit.*, n° 562.

<sup>2</sup> Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. II, p. 457-458.

<sup>3</sup> Com. 11 avril 1995, n° 92-20985, B. IV, n° 121 ; *RD banc.* 1995, 94, obs. Th. Bonneau ; *Procédures* 1995, n° 225, obs. H. Croze.

<sup>4</sup> *Cf. supra.*

<sup>5</sup> Civ. 2, 26 mai 2011, n° 10-20048, B. II, n° 118.

<sup>6</sup> Héron et le Bars, *op. cit.*, n° 1074.

<sup>7</sup> Civ. 2, 15 mars 1979, B. II, n° 88 ; *RTD civ.* 1979, 664, obs. R. Perrot.

b. Vraisemblance de l'existence de la pièce

Ensuite, l'existence de la pièce doit être établie sinon avec certitude, du moins avec vraisemblance<sup>1</sup>.

c. Qualité de tiers à l'acte du demandeur

Si la pièce consiste en un acte authentique ou sous seing privé, la partie qui entend en faire état ne peut en solliciter la production forcée qu'à la condition de n'avoir pas été partie à cet acte (article 138, alinéa 2, du Code de procédure civile). Il n'appartient en effet pas au juge d'aider une partie à retrouver des documents qu'elle aurait égarés, en lui permettant de tourner les règles des articles 1359 et suiv. du Code civil – anciens articles 1341 et suivants du Code civil –, relatives à l'admissibilité des modes de preuve des actes juridiques<sup>2</sup>. Ces règles, au demeurant, connaissent déjà divers assouplissements au profit de la partie qui entend prouver l'existence ou le contenu d'un acte juridique (articles 1360 à 1362 du Code civil – anciens articles 1347 et 1348).

2. Absence d'obstacle à la communication de pièces

Le juge s'assurera aussi de l'absence d'obstacle à la communication de la pièce. Il résulte toutefois du Code de procédure civile que cette condition négative concerne surtout la production forcée de pièces détenues par un tiers. Même lorsque la demande en production forcée est dirigée contre une partie, le juge peut toutefois fixer des modalités de production de nature à préserver les intérêts légitimes de celle-ci.

a. Empêchement légitime du tiers

Seul le tiers, à l'exclusion de l'autre partie au litige, est recevable à invoquer un tel empêchement.

D'une part, en effet, l'article 11, alinéa 2, du Code de procédure civile ne réserve que le cas d'un empêchement légitime du tiers de nature à le dispenser de son obligation de production. D'autre part, l'article 141 du même code, qui permet au juge de rétracter sa décision ordonnant la production forcée « *s'il est invoqué quelque empêchement légitime* » est inséré dans un chapitre consacré à la production forcée des pièces par un tiers ; et si l'article 142, relatif à la production forcée de pièce par une partie, renvoie à des dispositions concernant la production de pièces par un tiers, l'article 141 n'est pas englobé dans ce renvoi.

L'empêchement légitime que le tiers peut invoquer, peut, par exemple, tenir au fait que le document contient des éléments protégés par le secret professionnel ou bien des éléments qui relèvent de la vie privée. C'est au juge à apprécier ici la nature de l'obstacle.

b. Possibilité de n'ordonner la production que d'une copie ou d'un extrait de la pièce

La partie contre laquelle un demande de production forcée de pièces est dirigée, est irrecevable à se prévaloir d'un quelconque empêchement légitime. Si la pièce litigieuse contient néanmoins des faits confidentiels étrangers au procès, le juge a toujours la possibilité de n'en ordonner la production que d'une copie ou, mieux encore, d'un extrait, au lieu de l'original (article 139, alinéa 2, du Code de procédure civile).

B. Décision du juge ordonnant la production forcée de pièces

Après avoir reçu la demande, le juge vérifiera l'absence d'empêchement légitime conformément à l'article 11. En effet, l'existence d'un empêchement légitime donne le droit aux tiers, on l'a vu, de contester la validité de cette injonction. Si, finalement, le juge estime la demande fondée, il ordonnera la délivrance de la pièce. Selon la Cour de cassation<sup>3</sup>, il dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour apprécier l'opportunité de la production de la pièce.

On examinera les modalités de la production forcée et les voies de recours ouvertes contre la décision du juge.

<sup>1</sup> Civ. 2, 17 novembre 1993, B. II, n° 380.

<sup>2</sup> Héron et le Bars, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>3</sup> Civ. 3, 15 décembre 1971, B. III, n° 631 ; Civ. 2, 14 novembre 1979, n° 77-13385, B. II, n° 71 ; D. 1980, J. 365, note J. Lemée ; Civ. 2, 16 octobre 2003, n° 01-13770, B. II, n° 307.

### 1. Modalités de la production forcée

L'article 139, alinéa 2, du Code de procédure civile précise ces modalités.

#### a. Production en original, en copie ou en extrait

Au juge d'apprécier le mode de production forcée le mieux approprié, sous les conditions et moyennant les garanties qu'il fixe.

#### b. Production ordonnée le cas échéant sous astreinte

Le juge peut assortir sa décision d'une astreinte (articles 139, alinéa 2 et 142 du Code de procédure civile). L'ordonnance est exécutoire à titre provisoire, sur minute s'il y a lieu, du moins lorsque l'injonction d'avoir à produire la pièce s'adresse à un tiers (article 140 du Code de procédure civile).

Si l'astreinte ne parvient pas à vaincre la résistance de la partie ou du tiers, celui-ci s'expose à payer des dommages-intérêts à l'autre partie, car l'article 10, alinéa 2, du Code civil, prévoit expressément cette sanction.

Le juge pourrait-il, en outre, tirer toutes les conséquences d'une abstention ou d'un refus ? Certes, les textes actuels sont muets sur ce point : l'article 11, alinéa 1er, du Code de procédure civile n'envisage cette sanction qu'à propos de l'abstention ou du refus d'une partie d'apporter son concours à une mesure d'instruction. Mais on ne voit pas ce qui pourrait l'en empêcher en pratique<sup>1</sup>.

### 2. Recours contre la décision relative à la production forcée

L'article 141 du Code de procédure civile organise un recours au profit du tiers condamné à la production forcée. Mais il ne dit rien d'un recours des parties à l'instance, d'où la question de savoir de quels recours celles-ci éventuellement disposent.

#### a. Recours du tiers contre la décision ordonnant la production forcée

Le tiers a la possibilité d'intenter un recours en rétractation ou en modification de l'ordonnance ordonnant la production forcée. Il peut encore faire appel de la décision qui sera rendue sur la demande en rétractation ou en modification, dans les quinze jours de son prononcé.

#### b. Recours d'une partie contre la décision ordonnant ou refusant la production forcée

Selon la Cour de cassation, en l'absence du recours spécifique que l'article 141 ouvre aux tiers, les parties exerceront, selon que la décision a été ou non rendue en dernier ressort, l'appel ou le pourvoi en cassation du droit commun<sup>2</sup>.

## § 3 Les contestations relatives à la preuve littérale

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

### A. La demande en vérification d'écriture

La vérification d'écriture permet à un plaideur qui suspecte l'origine d'un acte que son adversaire produit en justice de faire établir la sincérité de l'origine de l'acte ou l'authenticité de la signature. La vérification d'écriture ne concerne que les actes sous seing privé, car les énonciations des actes authentiques ne peuvent être contestées que par la voie du faux.

La demande en vérification d'écriture peut être présentée à l'occasion d'un procès, elle est alors dite incidente, elle peut être présentée directement sans attendre le procès, elle est dite principale. Dans les deux cas, ce sont les mêmes règles qui s'appliquent, celles qui découlent de l'article 298 du Code de

<sup>1</sup> Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. II, p. 461-462 ; comp. Chainais et alii, *op. cit.*, n° 644 ; *contra* : Cadiet et Jeuland, *op. cit.*, n° 563 ;  
<sup>2</sup> Civ. 2, 20 mars 1974, B. II, n° 100.

procédure civile. Le juge doit personnellement procéder à la vérification et si les éléments en sa possession ne suffisent pas, il peut ordonner des mesures d'instruction, plus particulièrement une expertise graphologique éventuellement.

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

## B. La demande en faux

Le faux peut être matériel, l'acte a été altéré ou fabriqué de toute pièces. On peut aussi avoir un faux intellectuel, c'est-à-dire que les énonciations de l'acte sont fausses. Là encore, la demande en faux peut être faite incidemment<sup>1</sup> ou à titre principal. Elle peut concerner un acte sous seing privé comme un acte authentique. La demande en faux portant sur un acte sous seing privé pose de délicats problèmes de délimitation de frontière avec la demande en vérification d'écriture.

### 1. Faux affectant un acte sous seing privé

Lorsque le faux est un acte sous seing privé, on applique les règles de compétence de la vérification d'écriture ; c'est-à-dire qu'à titre principal, c'est le tribunal judiciaire qui est compétent. Qu'il soit à titre principal ou incident, la fausseté de l'écrit pourra être établie par tous moyens et la procédure suivie est similaire à celle de la vérification d'écriture.

### 2. Faux affectant un acte authentique

Lorsque le faux est un acte authentique, les articles 303 à 316 du Code de procédure civile ont organisé une procédure particulière en raison de la gravité de la situation. Tout d'abord, seules les juridictions de droit commun sont compétentes, c'est-à-dire le tribunal judiciaire ou la cour d'appel, selon les cas. En outre, cette procédure donne lieu à communication au ministère public. Lorsque ce faux est demandé à titre principal, l'assignation doit être précédée d'une inscription de faux, c'est-à-dire de la remise au greffe du tribunal judiciaire d'un acte dans lequel le demandeur expose ses moyens pour établir le faux. Si le défendeur déclare ne pas vouloir se servir de l'acte inscrit en faux, le juge en prend acte et les choses peuvent s'arrêter là. Si le défendeur ne comparait pas ou déclare vouloir se servir de l'acte, la procédure est engagée et la preuve se fait par tous moyens. La preuve se fait également par tous moyens quand la procédure est engagée de manière incidente.

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

## Section 2 : Les mesures d'instruction

On envisagera successivement les règles communes à toutes les mesures d'instruction, puis les règles particulières à chacune d'entre elles.

### § 1 Règles communes à toutes les mesures d'instruction

Aucune mesure d'instruction ne peut avoir lieu sans une décision du juge, seul compétent pour l'ordonner. En effet, une telle mesure est destinée à étayer ou parfaire la conviction du juge. Il est donc seul à même de se prononcer sur son utilité, comme sur le choix de la mesure. Les décisions ordonnant une mesure d'instruction et l'exécution de cette mesure obéissent à des règles communes, de même que leur nullité.

#### A. Décision ordonnant une mesure d'instruction

La mesure d'instruction ne peut être ordonnée que si certaines conditions préalables sont remplies. Ses modalités doivent également être précisées. Elle n'est pas toujours susceptible de recours.

<sup>1</sup> Le faux incident constitue une défense au fond, et non une exception de procédure. Il peut donc être proposé en tout état de cause, l'article 74 du Code de procédure civile lui étant inapplicable (Civ. 1, 9 décembre 2015, n° 14-28216, B. I, n° 312).

## 1. Conditions préalables

### a. Initiative de la mesure d'instruction

Selon les articles 10 et 154 du code de procédure civile, les mesures d'instruction peuvent être ordonnées par le juge soit qu'une partie en ait fait la demande, soit que le juge l'ait décidé d'office.

### b. Objet de la mesure d'instruction

#### α) Faits dont dépend la solution du litige

« *Les faits dont dépend la solution du litige* », peuvent « *être l'objet de toute mesure d'instruction légalement admissible* » (article 143 du Code de procédure civile),

#### β) Subsidiarité de la mesure d'instruction

La mesure d'instruction peut être ordonnée dès lors, selon l'article 144 du Code de procédure civile, que « *le juge ne dispose pas d'éléments suffisants pour statuer* ». Elle a donc nécessairement un caractère subsidiaire, elle ne saurait aboutir à dispenser une partie de la charge de la preuve qui lui incombe. L'article 146 le souligne expressément :

« *Une mesure d'instruction ne peut être ordonnée sur un fait que si la partie qui l'allègue ne dispose pas d'éléments suffisants pour le prouver.*  
« *En aucun cas une mesure d'instruction ne peut être ordonnée en vue de suppléer la carence de la partie dans l'administration de la preuve.* »

Toutefois, selon la Cour de cassation<sup>1</sup> :

« *l'article 146 du code de procédure civile est sans application lorsque le juge est saisi sur le fondement de l'article 145 du même code et [...] la mesure d'instruction sollicitée avant tout procès relève des seules dispositions de ce dernier texte.* »

Ainsi, contrairement aux mesures d'instruction ordonnées en cours de procès, les mesures d'instruction *in futurum* sont-elles soustraites à la condition de subsidiarité de l'article 146 du Code de procédure civile.

### c. Moment où une mesure d'instruction peut être ordonnée

#### α) A tout moment au cours de l'instance

Aux termes de l'article 144 du Code de procédure civile : « *Les mesures d'instruction peuvent être ordonnées en tout état de cause, dès lors que le juge ne dispose pas d'éléments suffisants pour statuer.* » « *En tout état de cause* » au cours de l'instance, c'est-à-dire à tout moment entre l'instant où l'affaire s'engage jusqu'au jour de la mise en délibéré.

#### β) Avant tout procès, sous réserve de justifier d'un motif légitime

La condition précédente ne concerne toutefois pas les mesures d'instruction à futur, ou mesures d'instruction *in futurum*. En effet, aux termes de l'article 145 du Code de procédure civile, ces mesures peuvent être ordonnées en référé ou sur requête avant tout procès, dès lors qu'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir la preuve de fait dont pourrait dépendre la solution du litige<sup>2</sup>.

## 2. Modalités de la décision

### a. Forme de la décision

<sup>1</sup> Ch. mixte, 7 mai 1982, n° 79-11.814, *B. mixte*, n° 2 ; Civ. 2, 26 octobre 1994, n° 93-10.709, *B. II*, n° 206 ; Civ. 2, 10 juillet 2008, n° 07-15.369, *B. II*, n° 179 ; *Procédures* 2008, n° 265, obs. R. Perrot ; *D.* 2008, 2375, obs. J.-M. Sommer et Cl. Nicoletis ; Civ. 2, 10 mars 2011, n° 10-11732, *B. II*, n° 65 ; *Procédures* 2011, n° 161, obs. R. Perrot ; cf. ég. Civ. 2, 11 avril 2013, n° 11-19419, *Procédures* 2013, n° 180, obs. R. Perrot.

<sup>2</sup> Cf. *supra* : titre II « Déroulement de l'instance », chap. I « Les procédures devant le tribunal judiciaire », section 2 « La procédure orale », § 2 « Le référé », A. « Cas d'ouverture à référé », 2. « Cas spéciaux d'ouverture à référé », c. « Référé préventif ».

L'ordonnance peut prendre la forme d'une simple mention au dossier ou au registre d'audience, dans le cas, le plus fréquent<sup>1</sup>, où la décision ne peut être l'objet d'un recours immédiat (article 151 du Code de procédure civile). Si elle est prise en cours d'instance, elle n'est pas notifiée, le secrétariat-greffe en adresse une simple copie aux parties défaillantes ou absentes lors de son prononcé (article 152).

b. Choix de la mesure

Le juge peut ordonner une seule mesure, il peut aussi conjuguer plusieurs mesures (article 148 du Code de procédure civile). Mais l'article 147 du Code de procédure civile lui commande de limiter le choix de la mesure à ce qui est suffisant pour la solution du litige, et lui commande aussi de ne retenir que la mesure la plus simple et la moins onéreuse.

c. Absence de dessaisissement du juge

La décision ordonnant une mesure d'instruction ne dessaisit pas le juge (article 153 du Code de procédure civile). Il peut donc revenir dessus et à tout moment restreindre ou accroître l'étendue des mesures d'instruction (article 149 du Code de procédure civile). Il peut même statuer au fond avant leur exécution s'il s'estime en définitive suffisamment informé.

Il en va néanmoins différemment si la mesure d'instruction a été ordonnée par le juge des référés sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile – mesure d'instruction à futur. On sait en effet que, dans cette hypothèse, la jurisprudence considère que le juge a épuisé sa saisine, d'où on devrait conclure qu'il ne peut revenir sur sa mesure même en cas de circonstances nouvelles. *Contra legem*, eu égard aux termes de l'article 488, alinéa 2, du Code de procédure civile, cette solution est vivement critiquée par une partie de la doctrine<sup>2</sup>.

3. Voies de recours<sup>3</sup>

Le principe est l'absence de recours immédiat contre la décision du juge, mais ce principe connaît des dérogations.

a. Principe : absence de recours immédiat

Ce principe est posé par l'article 150 du Code de procédure civile : la décision ordonnant une mesure d'instruction étant rendue avant-dire droit, est insusceptible d'opposition (article 150, alinéa 1er). Mais surtout et pour cette même raison, elle n'est pas non plus, pour cette raison, susceptible d'appel, ni de pourvoi immédiat indépendamment du jugement sur le fond, sauf cas spécifiés par la loi (article 150, alinéa 2). Il en va de même de la décision qui refuse d'ordonner une telle mesure (article 150, alinéa 3).

Motif<sup>4</sup> : certes, la solution présente un risque, car elle contraint les parties à concourir à une mesure d'instruction que la cour d'appel estimera peut-être superflue. Mais le législateur a considéré que cet inconvénient était moins grave qu'un appel immédiat qui suspendrait l'instruction de l'affaire pendant un délai assez long et pourrait favoriser des manœuvres dilatoires. Si une des parties interjette ultérieurement appel sur le fond, elle pourra remettre en cause, à ce moment-là seulement, la décision ayant ordonné ou refusé la mesure d'instruction. Mais il est probable qu'à ce stade de la procédure, l'intérêt d'une controverse sur l'exécution de la mesure se sera émoussé.

b. Exceptions : recours immédiat possible

L'article 150, alinéa 2, réserve les cas spécifiés par la loi, où l'appel ou le pourvoi en cassation, selon les hypothèses, est immédiatement possible. On peut en recenser trois, auxquels il convient d'ajouter un quatrième, d'origine jurisprudentielle.

<sup>1</sup> Cf. *infra*.

<sup>2</sup> Chainais et alii, *Procédure civile*, n° 1972.

<sup>3</sup> G. Wiederkehr « L'accélération des procédures et les mesures provisoires », *RID comp.* 1998, 449 et suiv.

<sup>4</sup> Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. II, p. 480.



α) Jugement mixte<sup>1</sup>

Le jugement mixte est celui par lequel le tribunal tranche une partie du principal, tout en ordonnant ou rejetant une mesure d'instruction pour le surplus. Selon l'article 544, alinéa 1er, du Code de procédure civile, ces jugements peuvent être immédiatement frappés d'appel comme les jugements qui tranchent tout le principal<sup>2</sup>.

Motif : puisque, de toute manière, un appel immédiat est possible contre le chef du jugement qui a statué sur le fond, il n'y a aucun inconvénient à permettre d'inclure, dans l'appel, une critique du chef avant-dire droit du jugement ayant ordonné ou refusé la mesure d'instruction. Telle était déjà la solution admise par la jurisprudence antérieure au Code de procédure civile<sup>3</sup>.

β) Jugement ordonnant une expertise

L'appel immédiat du jugement ordonnant une mesure d'expertise est possible, mais il est soumis à des conditions particulières (article 272, alinéa 1er, du Code de procédure civile) :

- autorisation préalable du premier président de la cour d'appel ;
- motif grave et légitime justifiant l'appel immédiat, apprécié souverainement par le premier président.

Motif : le coût souvent élevé d'une mesure d'expertise rend opportun la recevabilité d'un appel immédiat contre la décision l'ordonnant ou modifiant simplement l'étendue de la mission conférée à l'expert, cela afin d'éviter des frais inutiles<sup>4</sup>.

L'appel est jugé selon la procédure accélérée au fond (article 272).

Toutefois, selon la Cour de cassation, lorsque le jugement ordonnant une mesure d'expertise est entaché d'un excès de pouvoir, l'appel-nullité de ce jugement est possible même sans autorisation préalable du premier président<sup>5</sup>.

A partir du moment où le législateur a admis, à certaines conditions, l'appel immédiat des décisions ordonnant une expertise, les décisions refusant l'expertise devraient être logiquement soumises au même régime. Mais la jurisprudence hésite à leur étendre par analogie l'article 272 du Code de procédure civile, lequel ne vise expressément que les décisions ordonnant une expertise.

χ) Jugement rendu en référé ou sur requête

La décision ordonnant ou refusant une mesure d'instruction *in futurum* en référé peut faire l'objet immédiatement d'une voie de recours ordinaire, appel ou opposition selon le cas, dans les quinze jours de sa notification<sup>6</sup>. De même en est-il de l'ordonnance sur requête refusant une mesure d'instruction *in futurum*. On se souvient, en effet, que la mesure d'instruction à futur peut être sollicitée soit en référé, soit même sur requête lorsque les conditions d'utilisation de cette procédure sont remplies. Quant à l'ordonnance sur requête accordant la mesure d'instruction sollicitée, elle peut, on le sait, faire l'objet d'un référé-rétractation<sup>7</sup>.

Motif : en statuant sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile, le juge épuise

<sup>1</sup> G. Durry « Les jugements dits mixtes », *RTD civ.* 1960, 5 et suiv. ; M. Parmentier « Les jugements mixtes au regard de la recevabilité du contredit et de l'appel », *Bull. avoués* 1984, n° 92, p. 169.

<sup>2</sup> Le jugement se bornant, dans son dispositif, à ordonner une expertise et le versement d'une provision, ne tranche pas une partie du principal. La cour d'appel doit donc déclarer l'appel d'office irrecevable (Ch. mixte 25 octobre 2004, *B.* mixte, n° 3 ; *D.* 2005, *J.* 757, note Y.-M. Serinet ; *Procédures* 2004, n° 251, obs. R. Perrot ; Civ. 3, 21 octobre 2006, *B.* III, n° 211). Mais la décision ordonnant une expertise médicale technique tranche, par là-même, une question touchant au fond du droit. Elle est donc susceptible d'un recours immédiat (Civ. 2, 28 novembre 2013, *B.* II, n° 225 ; *Gaz. Pal.* 11 mars 2014, p. 38, note L. Mayer).

<sup>3</sup> Perrot, *op. cit.*, t. II, p. 480.

<sup>4</sup> Perrot, *op. cit.*, t. II, p. 534.

<sup>5</sup> Civ. 2, 7 octobre 2010, *B.* II, n° 167. *Cf. infra* : troisième partie « Le dénouement du procès », titre II « Les voies de recours », chap. I « Généralités sur les voies de recours ».

<sup>6</sup> *Cf. supra* : titre II « Déroulement de l'instance », chap. I « Les procédures devant le tribunal judiciaire », section 2 « La procédure orale », § 2 « Le référé », F. Voies de recours contre l'ordonnance de référé », 1. « Ordonnance susceptible d'appel ».

<sup>7</sup> *Cf. supra* : titre II « Déroulement de l'instance », chap. I « Les procédures devant le tribunal judiciaire », section 3 « Les procédures particulières », § 1 « La procédure sur requête », B. « Régime de la procédure sur requête », 3. « Voies de recours contre l'ordonnance ».

sa saisine<sup>1</sup>. Différer l'appel de son ordonnance n'aurait donc aucun sens.

δ) Jugement entaché d'un excès de pouvoir

Pour la Cour de cassation<sup>2</sup>, le vice d'une exceptionnelle gravité dont un jugement avant-dire droit se trouve alors infecté justifie que la partie lésée soit recevable à former immédiatement un recours en annulation sans, alors même que le législateur a différé le recours jusqu'à ce que la décision au fond soit rendue. Pour sanctionner efficacement les excès de pouvoir, elle a donc restauré, *contra legem*, le recours que le législateur avait supprimé. Ce recours d'origine prétorienne porte le nom de recours-nullité ou encore de recours autonome, parce qu'il est ouvert indépendamment de toute voie de réformation ou de rétractation<sup>3</sup>.

Cet excès de pouvoir suppose une méconnaissance par le juge de l'étendue de son pouvoir de juger<sup>4</sup>. Toutefois une simple violation du principe de la contradiction ne constitue pas un excès de pouvoir, pour la jurisprudence<sup>5</sup>.

Selon que le jugement ordonnant la mesure d'instruction est rendu en premier ressort ou en premier et dernier ressort, un appel-nullité ou un pourvoi en cassation immédiat sera donc possible.

B. Exécution de la mesure d'instruction

Des précisions s'imposent quant à ses modalités et quant au rôle des personnes appelées à y concourir.

1. Modalités d'exécution de la mesure d'instruction

Elles concernent le moment et lieu de la mesure d'instruction, ainsi que les documents relatant les opérations effectuées.

a. Moment de la mesure d'instruction

Le Code de procédure civile énumère un certain nombre de règles :

- les mesures d'instruction sont mises à exécution à l'initiative du juge ou de l'une des parties (article 154).
- Elles peuvent être exécutées sur-le-champ (article 159).
- Lorsque plusieurs mesures ont été ordonnées cumulativement, elles peuvent être exécutées simultanément lorsque cela est possible (article 158).

b. Lieu de la mesure d'instruction

Lorsqu'elles doivent être exécutées devant une juridiction, elles le seront en audience publique ou en chambre du conseil selon les règles applicables au débat sur le fond.

c. Documents relatant les opérations effectuées

Toutes les opérations effectuées – audition de témoins, expertise, vérifications par le juge – donnent lieu à l'établissement de documents écrits destinés à en conserver trace. Ces documents portent des noms variés selon les circonstances : procès-verbaux, rappports, avis.

Dès qu'ils sont établis, ils doivent être adressés ou remis en copie à chacune des parties (article 173 du Code de procédure civile), afin que chacune d'elles puisse organiser sa défense et, au besoin, en contester la portée. Leur transmission est assurée par le secrétaire de la juridiction qui les a établis ou le technicien qui les a rédigés, selon le cas (même texte). Mention en est faite sur l'original (même texte).

<sup>1</sup> Cf. *supra*.

<sup>2</sup> Civ. 1, 28 avril 1998, B. I, n° 151 ; *Procédures* 1998, n° 165, obs. R. Perrot ; Civ. 1, 20 février 2007, B. I, n° 61 ; D. 2007, 803 ; Ch. mixte 28 janvier 2005, B. ch. mixte, n° 1 ; BICC 15 avril 2005, n° 617.

<sup>3</sup> Cf. *infra* : troisième partie : « Le dénouement du procès », titre II « Les voies de recours », chap. I « Généralités sur les voies de recours ».

<sup>4</sup> Civ. 1, 20 février 2007, préc.

<sup>5</sup> Ch. mixte 28 janvier 2005, B. ch. mixte, n° 1 ; BICC 15 avril 2005, n° 617 ; Civ. 1, 17 juin 2009, B. I, n° 129.

En outre, « *Le juge peut faire établir un enregistrement sonore, visuel ou audio-visuel de tout ou partie des opérations d'instruction auxquelles il procède* » (article 174, alinéa 1er, du Code de procédure civile). L'enregistrement est conservé au secrétariat de la juridiction, chacune des parties peut demander qu'il lui en soit remis, à ses frais, un exemplaire, une copie ou une transcription (article 174, alinéa 2).

## 2. Rôle des personnes appelées à concourir à l'exécution des mesures d'instruction

### a. Le juge

Le juge joue un rôle prépondérant dans leur exécution. Si le juge ne procède pas lui-même à la mesure d'instruction, elle est dans tous les cas exécutée sous son contrôle (article 155, alinéa 1er, du Code de procédure civile). Aucune mesure ne peut donc être exécutée indépendamment du juge.

En principe, le juge chargé de cette mission est celui qui a ordonné la mesure d'instruction (article 155, alinéa 1er, du Code de procédure civile), tel, par exemple, le juge de la mise en état. Toutefois, lorsque la mesure a été ordonnée par une formation collégiale, le contrôle est confié à un des membres de cette formation, en général le juge chargé de l'instruction de l'affaire, à défaut un juge de la formation auquel le contrôle est attribué, et sinon au président de cette formation collégiale (article 155, alinéa 2, précité).

Le contentieux de l'exécution de la mesure est de la compétence du juge qui procède à cette exécution ou la contrôle (article 167 du Code de procédure civile). Ses décisions à cet égard ne sont susceptibles d'aucun recours immédiat (article 170, alinéa 1er) et leur forme est abandonnée à la discrétion du juge, qui peut se limiter à une simple mention au dossier (article 170, alinéa 2). Elles n'ont pas autorité de la chose jugée au principal (article 171).

### b. Les parties et les tiers

Les parties et les tiers sont tenus d'apporter leur concours à l'exécution des mesures d'instruction (articles 11, alinéa 1er et 160, alinéa 1er, du Code de procédure civile).

La convocation à des mesures d'instruction obéit à des règles souples, puisqu'elle peut être faite par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, par un simple bulletin remis à leur défenseur, voire verbalement dans certains cas (article 160).

Les parties peuvent se faire assister lors d'une mesure d'instruction (article 161, alinéa 1er). Mais elles peuvent se dispenser de se rendre à l'exécution d'une mesure d'instruction si la mesure n'implique pas leur audition personnelle (article 161, alinéa 2).

La sanction de l'obligation pour les parties d'apporter leur concours est rigoureuse. En effet, aux termes de l'article 11, alinéa 1er, du Code de procédure civile, le juge peut « tirer toute conséquence d'une abstention ou d'un refus ».

Et le défaut de convocation est durement sanctionné, puisqu'il entraîne la nullité de la mesure d'instruction.

## C. Nullité des mesures d'instruction

Le législateur s'est soucié de ne pas sanctionner trop facilement par la nullité l'irrégularité d'une mesure d'instruction ou d'un acte d'exécution de cette mesure. En effet la nullité oblige à recommencer les opérations et, partant, est source de frais et de lenteur. Les articles 175 à 178 du Code de procédure civile prévoient donc un certain nombre de dispositions destinées à éviter, autant que faire ce peut, le prononcé de la nullité.

### 1. Principe : soumission aux dispositions gouvernant la nullité des actes de procédure

Le principe est énoncé par l'article 175 du Code de procédure civile. Il convient d'en apprécier la portée, avant d'en exposer les conséquences.

a. Portée du principe

Le plaideur doit se conformer aux règles gouvernant la nullité des actes de procédure : il ne saurait s'affranchir de ce régime, en invoquant l'inopposabilité à son égard d'une mesure d'instruction entachée d'irrégularité dans son déroulement, par exemple dépourvue de caractère contradictoire<sup>1</sup>.

Néanmoins, malgré cette soumission aux dispositions régissant la nullité des actes de procédure, le moyen tiré de la nullité d'une mesure d'instruction a, selon la Cour de cassation, la nature d'une défense au fond<sup>2</sup>, et non celle d'une exception de procédure<sup>3</sup>. Ce moyen est donc hybride, défense au fond par sa nature, exception de nullité par son régime<sup>4</sup>.

La Cour de cassation en avait déduit que le juge de la mise en état est incompétent pour statuer sur la validité d'une mesure d'instruction, telle une mesure d'expertise. En effet, aux termes de l'ancien article 771, 1, du Code de procédure civile, ce magistrat ne pouvait statuer sur les exceptions de procédure et les incidents mettant fin à l'instance<sup>5</sup>, et non sur les fins de non-recevoir ou *a fortiori* sur les défenses au fond. Cette jurisprudence apparaît néanmoins caduque, dès lors que l'actuel article 789 du Code de procédure civile, qui remplace l'ancien article 771, donne désormais pouvoir au juge de la mise en état pour statuer également sur les fins de non-recevoir<sup>6</sup>.

Aucun des vices de fond limitativement énumérés par l'article 117 du Code de procédure civile, selon l'interprétation que la jurisprudence en donne<sup>7</sup>, n'apparaît susceptible d'atteindre une mesure d'instruction. Dès lors, la nullité susceptible d'affecter une mesure d'instruction ne peut reposer que sur une irrégularité de forme.

b. Conséquences du principe

De cette soumission de la nullité des mesures d'instruction au régime des nullités de procédure pour vice de forme<sup>8</sup> résulte plusieurs conséquences :

- Pas de nullité sans texte, à moins que la formalité omise ne soit substantielle ou d'ordre public (article 114, alinéa 1er, du Code de procédure civile)<sup>9</sup>.
- Pas de nullité sans grief, quand bien même la formalité omise serait substantielle ou d'ordre public (article 114, alinéa 2, du Code de procédure civile)<sup>10</sup>.
- Nullité couverte si, postérieurement à la mesure d'instruction critiquée, la partie qui en invoque la nullité a fait valoir des défenses au fond ou opposé une fin de non-recevoir sans soulever la nullité, conformément à l'article 112 du Code de procédure civile<sup>11</sup>.

<sup>1</sup> Ch. mixte 28 septembre 2012, n° 11-11381, *B. Ch. mixte* n° 1 ; *D.* 2012, 2317 et 2013, 275, obs. N. Fricero ; *JCP* 2012, 1200, note S. Amrani-Mekki ; *Procédures* 2012, n° 321, obs. R. Perrot ; *RTD civ.* 2012, 771, obs. R. Perrot.

<sup>2</sup> Civ. 1, 30 avril 2014, n° 12-21484, *B. I.*, n° 75 ; *D.* 2015, 297, obs. N. Fricero ; *ibid.* 655, obs. M. Douchy-Oudot ; *Gaz. Pal.* 10-12 août 2014, p. 33, obs. X. Leducq ; *ibid.* 9 septembre 2014, p. 11, note S. Amrani-Mekki ; *Procédures* 2014, n° 164, note critique R. Perrot ; *LPA* 31 mars 2015, p. 10, note C. Blaringham-Levêque, pour une expertise.

<sup>3</sup> Civ. 2, 31 janvier 2013, n° 10-16910, *B. II.*, n° 20 ; *D.* 2013, 372 et 2802, I, D, obs. critiques J.-D. Bretzner ; *Procédures* 2013, n° 98, obs. R. Perrot.

<sup>4</sup> Perrot, obs. *Procédures* 2014, n° 164, préc.

<sup>5</sup> Civ. 2, 31 janvier 2013, préc.

<sup>6</sup> *Cf. supra* : titre II « Déroulement de l'instance », chap. I « Les procédures devant le tribunal judiciaire », section 1 « La procédure écrite », § 1 « La procédure contentieuse écrite ordinaire », B. « Instruction de l'affaire : la mise en état », 2. « Rôle du juge de la mise en état », b. « Règlement des incidents ».

<sup>7</sup> *Cf. supra* : titre I « Cadre juridique de l'instance », chap. III « Formalisme de l'instance (actes et délais de procédure) », section 1 « Actes de procédure », § 3 « Sanctions des irrégularités affectant un acte de procédure », A. « Conditions de la nullité », 1. « Conditions de la nullité pour vice de fond ».

<sup>8</sup> *Cf. supra* : titre I « Cadre juridique de l'instance », chap. III « Formalisme de l'instance (actes et délais de procédure) », section 1 « Actes de procédure », § 3 « Sanctions des irrégularités affectant un acte de procédure », A. « Conditions de la nullité », 1. « Conditions de la nullité pour vice de forme ».

<sup>9</sup> Ont été ainsi considérés comme des formalités substantielles, dont l'inobservation entraîne la nullité de la mesure d'instruction à la condition toutefois que la partie qui l'invoque justifie d'un grief : l'absence d'établissement d'un pré-rapport en méconnaissance des termes de la mission d'expertise (Civ. 2, 29 novembre 2012, n° 11-10805, *B. II.*, n° 192 ; *D.* 2013, 372 et 2802, I, D, obs. J.-D. Bretzner ; *RTD civ.* 2013, 172, obs. R. Perrot) ; l'absence de communication à une partie d'informations complémentaires adressées par une autre partie à l'expert qui en a tenu compte dans son rapport (Civ. 1, 30 avril 2014, n° 13-13579 13-14234, *B. II.*, n° 74 ; *D. actualité* 13 mai 2014, obs. F. Mélin ; *D.* 2015, 297, obs. N. Fricero ; *Procédures* 2014, n° 164, note R. Perrot ; *Gaz. Pal.* 7-9 septembre 2014, p. 11, note S. Amrani-Mekki ; *ibid.* 14-16 septembre 2014, p. 35, obs. J. Casey ; *LPA* 8 mai 2015, p. 16, note G. Yildirim).

<sup>10</sup> *Cf.* Civ. 2, 28 mars 1977, n° 75-15692, *B. II.*, n° 99 ; *Gaz. Pal.* 1977, 2, 602, note J. Viatte ; Civ. 2, 3 juin 1977, *D.* 1977, IR 390, obs. P. Julien ; *RTD civ.* 1977, 817, obs. R. Perrot ; Com. 9 mai 2001, n° 98-12546 ; Civ. 2, 29 novembre 2012, préc. ; Civ. 2, 21 mars 2013, n° 12-16995 ; Civ. 1, 30 avril 2014, n° 13-13579 13-14234, préc.

<sup>11</sup> Civ. 3, 11 janvier 1984, *D.* 1984, IR 241, obs. P. Julien ; Civ. 1, 16 juillet 1998, n° 96-14306, *B. I.*, n° 255 ; Civ. 1, 30 avril 2014, n° 12-21484, préc.

- Régularisation possible (l'article 177 du Code de procédure civile le précise, du reste, expressément).

## 2. Limitations supplémentaires à la nullité

Les articles 176 et 177 viennent encore limiter davantage tant le prononcé de la nullité que ses effets. D'une part, en effet, « *L'omission ou l'inexactitude d'une mention destinée à établir la régularité d'une opération ne peut entraîner la nullité de celle-ci, s'il est établi, par tout moyen, que les prescriptions légales ont été, en fait, observées* » (article 177). La disposition concerne donc la régularité des documents relatant les opérations effectuées. D'autre part, « *La nullité ne frappe que celle des opérations qu'affecte l'irrégularité* » (article 176).

## § 2 Règles spécifiques aux différentes mesures d'instruction

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

### A. Vérifications personnelles du juge

Le juge, afin de vérifier les faits litigieux, peut en prendre en toutes matières une connaissance personnelle. Le juge peut donc procéder aux constatations, aux évaluations, aux reconstitutions qu'il estime nécessaire en se transportant au besoin sur les lieux. Cette dernière caractéristique explique que cette vérification personnelle était jadis assimilée à une descente sur les lieux.

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

### B. Comparution personnelle des parties

Selon l'article 184 du Code de procédure civile, le juge peut faire comparaître personnellement les parties ou l'une d'elle. Cette comparution a changé d'esprit avec le temps. A l'origine elle visait surtout à obtenir l'aveu des parties, aujourd'hui elle sert surtout à établir un contact direct avec elles, de manière à ce que le juge puisse se faire une opinion en leur posant des questions.

Les parties doivent venir en personne. Elles doivent répondre personnellement aux questions posées sans pouvoir lire un texte préparé d'avance. L'interrogatoire se fait en présence de toutes les parties, quand bien même la comparution ne vise qu'une seule d'entre elles à moins qu'il n'existe des motifs justifiant des comparutions séparées. Les parties peuvent être assistées pendant la comparution.

Les parties peuvent tout faire : comparaître et répondre ; comparaître et ne pas répondre ; ne pas comparaître etc...

### C. Déclarations des tiers et témoignages

Lorsque la preuve testimoniale est admissible le juge peut recevoir des tiers des déclarations de nature à l'éclairer sur les faits litigieux dont ces tiers ont une connaissance personnelle. On distingue deux formes de témoignages, les attestations écrites et les déclarations orales.

#### 1. Attestations écrites

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

#### 2. Déclarations orales

Elles impliquent qu'il y a eu enquête. Sur le champ, c'est le cas lorsque l'enquête est faite sur le vif. L'enquête ordinaire organise, quant à elle, l'audition de témoin sur des faits qui ont été préalablement déterminés.

#### D. Mesures d'instruction exécutées par un technicien

Le juge peut recourir à un technicien selon des modalités diverses.

##### 1. Dispositions communes

Elles sont énoncées aux articles 232 à 248 du code de procédure civile.

###### a. Choix du technicien

Le juge peut choisir le technicien de son choix (article 232), sur une liste d'experts ou se départir de cette liste, sauf dans les cas où la profession est strictement réglementée. Ce peut être une personne morale ou une personne physique. Un agrément du juge est indispensable, si la personne n'est pas assermentée.

###### b. Droits et obligations du technicien

Le technicien doit personnellement accomplir sa mission (article 233), l'accomplir avec conscience, objectivité et impartialité (article 237) et il doit respecter les délais qui lui sont impartis par le juge (article 239) au risque de voir sa rémunération diminuée.

Il a le droit de recueillir des informations de toutes personnes, le pouvoir d'obtenir communication de documents détenus par les parties et les tiers (articles 242 et suiv.). Le technicien peut solliciter le juge, lorsque par exemple il est confronté à un refus de communication.

Le juge ne peut confier au technicien mission de concilier les parties (article 240). Cette mission est l'apanage du juge lui-même. Sinon, le juge peut modifier la mission du technicien (article 237), l'assister...bref le contrôler...

###### c. Rémunération du technicien

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

###### d. Avis du technicien

A la fin, il donne un avis sur les points pour l'examen desquels il a été commis et seulement ceux-ci (article 238, alinéa 1er). Il ne doit faire état que des informations légitimement recueillies et qui sont seules de nature à éclairer la question litigieuse (article 244). Le technicien ne doit jamais porter d'appréciations d'ordre juridique (article 238, alinéa 3).

De toutes les manières, son avis ne lie pas le juge (article 246), qui peut très bien ne pas le suivre<sup>1</sup>. Néanmoins, en pratique, il est rare qu'un juge ne suive pas l'avis d'un technicien.

##### 2. Modalités d'intervention

Le code de procédure civile a fixé les modalités d'intervention du technicien pour les adapter aux besoins.

###### a. Constatation

Le juge demande d'éclairer sur une question de fait, purement matérielle. Certes, le juge peut se déplacer lui-même. Mais la perte de temps qui en résulte peut être hors de proportion avec l'enjeu du litige. De plus, la vérification peut présenter un caractère technique, si bien qu'il vaut mieux la confier à un spécialiste. Dès lors qu'aucun avis n'est requis sur les conséquences de fait ou de droit qui peuvent en résulter (article 249 du Code de procédure civile), cette vérification peut emprunter la voie d'une mission de constatation, plutôt que celle d'une expertise, plus lourde et plus onéreuse.

###### b. Consultation

<sup>1</sup> Cf. par ex. Com. 18 novembre 2014, n° 13-13462.

Elle est prévue par les articles 256 et suiv. du Code de procédure civile. Elle suppose une question purement technique, mais qui nécessite plus qu'un constat, à savoir une interprétation des faits, un avis par conséquent sollicité du technicien. Mais, si un avis est requis comme en matière d'expertise, la consultation s'en distingue par son caractère plus simple, plus expéditif et moins solennel.

Dans la réalité, la constatation et la consultation obéissent à des règles similaires (articles 249 à 255 et articles 256 à 262).

c. Expertise

Plus lourde, plus onéreuse mais tellement pratiquée... On insistera sur la subsidiarité de l'expertise, avant d'évoquer successivement la décision ordonnant l'expertise, les opérations d'expertise et l'avis de l'expert.

α) Subsidiarité de l'expertise

Le juge ne doit ordonner l'expertise que lorsque les deux autres modalités d'intervention ne suffisent pas à l'éclairer (article 263 du Code de procédure civile). L'expertise suppose en effet des investigations complexes (article 256 *a contrario*).

β) Décision ordonnant l'expertise

Il n'est désigné qu'un seul expert, à moins que le juge n'estime nécessaire d'en nommer plusieurs (article 264).

Lorsque le juge décide de recourir à l'expertise, il doit exposer les circonstances qui la rendent nécessaire et il doit définir précisément les missions de l'expert et le délai dans lequel ce dernier doit donner son avis (article 265 du Code de procédure civile).

Le juge fixe, dès la nomination de l'expert ou dès qu'il est en mesure de le faire, le montant d'une provision à valoir sur la rémunération de l'expert aussi proche que possible de sa rémunération définitive prévisible (article 269 du Code de procédure civile). Il désigne la ou les parties qui devront consigner la provision au greffe de la juridiction dans le délai qu'il détermine (même texte).

Dès le dépôt du rapport, le juge fixe, « *en fonction notamment des diligences accomplies, du respect des délais et de la qualité du travail fourni* » la rémunération définitive de l'expert (article 284, alinéa 1er). Il l'autorise à se faire remettre jusqu'à due concurrence les sommes consignées au greffe, sauf à ordonner le versement des sommes complémentaires qui lui sont dues ou, au contraire, la restitution des sommes consignées en excédent (article 284, alinéa 2). S'il « *envisage de fixer la rémunération de l'expert à un montant inférieur au montant demandé, il doit au préalable inviter l'expert à formuler ses observations* » (article 284, alinéa 3). Enfin, « *Le juge délivre à l'expert, sur sa demande, un titre exécutoire* » (article 284, alinéa 4).

La décision ordonnant – ou refusant – une expertise est susceptible d'un recours immédiat, à des conditions strictes déjà évoquées (article 272, alinéa 1er), à savoir :

- autorisation préalable du premier président de la cour d'appel ;
- motif grave et légitime justifiant l'appel immédiat, apprécié souverainement par le premier président.

Le premier président statue selon la procédure accélérée au fond.

γ) Opérations d'expertise

• Obligations de l'expert

L'expert doit respecter le principe du contradictoire : il doit appeler les parties lorsqu'il réalise une expertise. Elles doivent, dans le meilleur des cas, être présentes. Toutefois, selon une jurisprudence compréhensive, les parties ne peuvent invoquer l'inopposabilité du rapport d'expertise en raison d'irrégularités affectant les opérations d'expertise, tel le défaut de

convocation d'une partie, car ces irrégularités ne sont sanctionnées que sur le fondement des dispositions de l'article 175 du Code de procédure civile, qui renvoient aux règles régissant la nullité des actes de procédure<sup>1</sup>.

En particulier, la nullité ne sera prononcée que si un texte le prévoit expressément, à moins que la formalité ne soit substantielle ou d'ordre public (article 114, alinéa 1er, du Code de procédure civile), ce qui est le cas, du reste, du respect du principe du contradictoire, selon la Cour de cassation<sup>2</sup>.

Mais, en outre, la partie qui invoque la nullité de l'expertise, devra établir le grief que la violation du principe du contradictoire lui a causé (article 114, alinéa 2, du Code de procédure civile). A cet égard, plusieurs arrêts de la Cour de cassation ont admis, de manière fort libérale, qu'un rapport d'expertise est, sauf fraude à son encontre<sup>3</sup>, opposable à une partie qui n'a pas été convoquée aux opérations, si le rapport a été versé aux débats et soumis à la discussion contradictoire des parties<sup>4</sup>. Cependant des arrêts antérieurs, notamment de la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation, ont, au contraire, jugé qu'un débat sur le rapport à l'audience ne suffisait pas à purger une défaillance du contradictoire lors des opérations d'expertise<sup>5</sup>. La jurisprudence de la Cour de cassation ne peut donc être considérée comme clairement fixée sur ce point.

L'expert, également, « doit prendre en considération les observations ou réclamations des parties et, lorsqu'elles sont écrites, les joindre à son avis si les parties le demandent » (article 276, alinéa 1er, du Code de procédure civile). Ce sont les fameux « dires », que les avocats de chacune des parties demandent éventuellement à l'expert d'annexer à son futur rapport. « L'expert doit faire mention, dans son avis, de la suite qu'il aura donnée aux observations ou réclamations présentées » (article 276, alinéa 4).

Il « doit informer le juge de l'avancement de ses opérations et des diligences par lui accomplies » (article 273 du Code de procédure civile). On retrouve le contrôle du juge sur l'exécution de la mesure d'instruction, précédemment évoqué.

- Obligation des parties

De leur côté, « les parties doivent remettre sans délai à l'expert tous les documents que celui-ci estime nécessaire à l'accomplissement de sa mission » (article 275, alinéa 1er, du Code de procédure civile).

Depuis le décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998, les parties peuvent même être sanctionnées en cas de défaut de communication de pièces aux experts. En effet, « En cas de carence des parties, l'expert en informe le juge qui peut ordonner la production des documents, s'il y a lieu sous astreinte, ou bien, le cas échéant, l'autoriser à passer outre ou à déposer son rapport en l'état. La juridiction de jugement peut tirer toutes les conséquences de droit du défaut de communication des documents à l'expert » (article 275, alinéa 2, faisant écho à l'article 11, alinéa 1er, du Code, cité précédemment).

#### δ) Avis de l'expert

Au terme de sa mission, l'expert rend un avis. Si l'avis n'exige pas de développements écrits, le juge peut autoriser l'expert à l'exposer oralement à l'audience. Il en est alors dressé procès-verbal (article 282, alinéa 1er, du Code de procédure civile).

Mais, le plus souvent, l'expert dépose un rapport écrit au secrétariat-greffe de la juridiction. Il n'est rédigé qu'un seul rapport, même s'il y a plusieurs experts ; en cas de divergence, chacun indique son opinion (article 282, alinéa 2).

<sup>1</sup> Ch. mixte 28 septembre 2012, *B. Ch. mixte*, n° 1 ; *Procédures* 2012, n° 321, obs. R. Perrot. Cf. *supra* : « Nullité des mesures d'instruction ».

<sup>2</sup> Civ. 2, 29 novembre 2012, préc. ; Civ. 1, 30 avril 2014, préc.

<sup>3</sup> Civ. 3, 29 septembre 2016, n° 15-16342, *B. III*, n° 121.

<sup>4</sup> Com. 10 décembre 2013, n° 12-20252, *Procédures* 2014, n° 63, obs. critiques R. Perrot ; Civ. 3, 29 septembre 2016, n° 15-16342, préc.

<sup>5</sup> Civ. 2, 5 déc. 2002, n° 01-10320, *B. II*, n° 278 ; Civ. 2, 18 sept. 2003, n° 01-17584 ; *B. II*, n° 282 ; Civ. 2, 28 févr. 2006, n° 04-12616 ; *Procédures* 2006, *comm.* 127, obs. R. Perrot ; *D.* 2007, 1902, note J.-D. B. ; Civ. 3, 26 avr. 2006, n° 04-16382, *B. III*, n° 102 ; Civ. 2, 14 sept. 2006, n° 05-16753.



Conformément au principe énoncé dans l'article 246 du Code de procédure civile, applicable à toutes les mesures d'instruction exécutées par un technicien, l'avis de l'expert ne lie pas le juge.

## Chap. II : Incidents relatifs au cours de l'instance

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

### Section 1 : Interruption de l'instance

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

#### § 1 Conditions de l'interruption de l'instance

Il faut une cause d'interruption prévue par les textes et que l'événement se produise avant l'ouverture des débats.

##### A. Causes d'interruption de l'instance

Il convient de distinguer entre les causes d'interruption de plein droit et celles qui sont subordonnées à leur notification à l'autre partie.

###### 1. Causes d'interruption de plein droit

Elles sont énumérées à l'article 369 du Code de procédure civile :

- La survenance de la majorité d'une des parties.
- La cessation des fonctions d'avocat de l'une des parties alors que la représentation est obligatoire<sup>1</sup>.
- La survenance d'un jugement de redressement ou de liquidation judiciaire qui emporte assistance ou dessaisissement du débiteur.

###### 2. Causes d'interruption subordonnées à la notification de l'événement à l'autre partie

L'exigence de cette notification est destinée à éviter toute surprise au détriment d'un adversaire qui peut en ignorer l'existence. Elles sont prévues par l'article 370 du Code de procédure civile :

- La cessation des fonctions de celui qui représente légalement un incapable.
- Le recouvrement ou la perte par l'une des parties de sa capacité d'agir en justice.
- Le décès de l'une des parties<sup>2</sup>.

##### B. Moment où se produit la cause d'interruption

Dans tous les cas, les différents événements dont il va être question n'ont d'effet interruptif que s'ils se produisent « *avant l'ouverture des débats* » (article 371 du Code de procédure civile).

Motif: autant il est rationnel d'interrompre l'instance lorsque l'affaire en est encore au stade de l'instruction, autant cette interruption devient superflue lorsque tous les moyens et arguments des parties ont été rassemblés.

#### § 2 Effets de l'interruption d'instance

<sup>1</sup> Civ. 2, 13 octobre 2016, n° 15-21307, B. II, n° 229 : la maladie de l'avocat d'une partie ou le traitement médical que celui-ci doit suivre ne sont pas assimilables à la cessation de ses fonctions.

<sup>2</sup> Civ. 2, 20 mai 2021, n° 20-15098 (P) ; *Gaz. Pal.* 28 septembre 2021, n° 42609, p. 47, note J.-M. Moulin: la dissolution d'une personne morale, même assortie d'une transmission universelle de son patrimoine, qui n'est pas assimilable au décès d'une personne physique, même lorsque l'action est transmissible, ne constitue pas une cause d'interruption de l'instance, au sens de l'article 370 du code de procédure civile. *Cf.* déjà, dans le même sens : Req. 26 décembre 1927, *D.P.* 1929, 1, 111, note A. Chéron ; Soc., 3 novembre 1955, *RTD civ.* 1956, p. 599, obs. P. Raynaud ; Civ. 2, 6 octobre 1977, *Gaz. Pal.* 1977, *somm.* p. 362 ; Com. 21 octobre 2008, n° 07-19102, B. IV, n° 174 ; *RTD civ.* 2009, p. 363, obs. Ph. Théry.

A. Nullité des actes accomplis après l'interruption

Tous les actes accomplis à l'encontre du bénéficiaire de l'interruption après celle-ci sont réputés nuls et non avenue. Mais la nullité n'étant que relative, la partie bénéficiaire de l'interruption peut, s'il y va de son intérêt, confirmer ces actes expressément ou tacitement (article 372 du Code de procédure civile).

B. Absence de dessaisissement du juge

Dans la mesure où l'audience n'est qu'interrompue, le juge n'est pas dessaisi (article 376 du Code de procédure civile) et il peut inviter les parties à reprendre l'audience.

C. Reprise d'instance

Pour que l'audience reprenne, il faut qu'un acte de reprise soit accompli, dont toute partie peut prendre l'initiative. Il peut s'agir d'une reprise volontaire, qui émane de la partie bénéficiaire de l'interruption (article 373, alinéa 1er, du Code de procédure civile), par conclusions devant le tribunal judiciaire ou par simple réclamation orale devant les juridictions d'exception. Mais la reprise peut aussi être forcée, à l'initiative de la partie adverse, qui doit alors procéder par voie de citation (article 373, alinéa 2).

Que la reprise soit volontaire ou forcée, l'instance reprend alors son cours dans l'état où elle se trouvait au moment où elle avait été interrompue (article 374 du Code de procédure civile).

## Section 2 : Suspension de l'instance

La suspension intervient en cas d'événements étrangers à la situation personnelle des parties ou de leur représentant, mais qui constituent tout de même des obstacles à la poursuite de l'instance. La progression de l'instance est momentanément arrêtée, mais l'instance continue à être inscrite au rôle du tribunal et l'instance reprendra d'elle-même dès la disparition de sa cause de suspension, sans aucune formalité à accomplir.

L'article 377 distingue deux catégories de sources de suspension. La première catégorie correspond à celles prévues par la loi, c'est ainsi par exemple que l'article 73 prévoit que l'instance est suspendue quand une partie soulève une exception de procédure. La seconde catégorie de sources suspensions englobent le sursis à statuer, la radiation ou le retrait du rôle.

### § 1 Le sursis à statuer

A. Notion de sursis à statuer

Le sursis à statuer est défini à l'article 378 du Code de procédure civile comme la période de l'instance pendant laquelle l'audience est suspendue par suite d'une décision de la juridiction, pour le temps ou jusqu'à la survenance d'un événement qu'elle détermine. L'exemple le plus simple est la nécessité de régler d'une question préjudicielle<sup>1</sup>. Lorsque la solution d'un litige suppose le règlement d'une question qui relève de la compétence exclusive d'une autre juridiction, le juge doit suspendre l'instance jusqu'à ce que le juge compétent ait statué sur cette question<sup>2</sup>.

Il est des cas où le sursis à statuer est imposé de manière impérative : ainsi, selon la Cour de cassation, qui se fonde sur l'article 6, § 1, de la Convention EDH, le fait pour une partie de solliciter l'aide juridictionnelle avant la date d'audience, impose à la juridiction saisie de surseoir à statuer sur le litige, dans l'attente de la décision du bureau d'aide juridictionnelle<sup>3</sup>. Tantôt, au contraire, il revient aux juges du fond d'ordonner ou non le sursis en prenant comme critère l'intérêt d'une bonne justice.

Le sursis à statuer va suspendre l'audience provisoirement ce qui implique que le juge n'est pas dessaisi pendant cette période. A l'expiration du sursis l'instance va donc naturellement se poursuivre à la diligence du juge ou à celle des parties.

<sup>1</sup> Cf. *supra*.

<sup>2</sup> Cf. *supra* : première partie « L'accès au juge », titre II « La compétence », chap. II « Prorogation de compétence », section 3 « Prorogation légale de compétence ».

<sup>3</sup> Civ. 2, 14 novembre 2013, n° 12-21538, B. II, n° 218.

## B. Recours contre la décision de sursis à statuer

Les décisions de sursis à statuer rendues en premier ressort ne peuvent être frappées d'appel qu'avec l'autorisation préalable du premier président de la cour d'appel et pour un motif grave et légitime (article 380, alinéa 1er, du Code de procédure civile), qu'il appartient à ce dernier d'apprécier<sup>1</sup>. En revanche, il n'appartient pas au premier président d'apprécier si les conditions du sursis à statuer étaient, ou non, réunies<sup>2</sup>.

La partie qui veut relever appel saisit le premier président selon la procédure accélérée au fond<sup>3</sup>, dans le mois de la décision de sursis à statuer (article 380, alinéa 2). La décision du premier président autorisant l'appel est insusceptible d'un pourvoi en cassation (article 380, alinéa 3). En revanche, la voie du pourvoi demeure ouverte contre la décision refusant d'autoriser l'appel (article 380, alinéa 3, *a contrario*)<sup>4</sup>.

La décision de sursis à statuer rendue en dernier ressort peut, quant à elle, être attaquée par la voie du pourvoi en cassation, mais seulement pour violation de la règle de droit gouvernant le sursis à statuer (article 380-1 du Code de procédure civile)<sup>5</sup>.

La décision de sursis à statuer peut néanmoins être frappé d'appel même sans motif grave et légitime, si elle est frappée d'excès de pouvoir<sup>6</sup>.

## § 2 La radiation et le retrait du rôle

Ils doivent être abordés ensemble car dans les deux cas, il s'agit de mesures d'administration judiciaire qui mettent l'instance sur une « voie de garage », puisque dans l'immédiat, l'affaire est retirée du rang des affaires en progression, mais qu'elle reste inscrite au rang des affaires sur lesquelles la juridiction doit statuer. Malgré tout, leur esprit est totalement différent.

### A. La radiation

La radiation a pour but de permettre au magistrat saisi de sanctionner toutes leurs parties de leur défaut de diligence.

L'article 381 subordonne la radiation à deux conditions. Tout d'abord, l'inaction doit provenir de toutes les parties. Ensuite, il faut qu'il y ait un non accomplissement des actes de la procédure dans les formes et les délais requis. La décision ne peut être prise qu'à l'initiative du juge.

L'instance est mise sur une « voie de garage », mais n'a pas disparu, ce qui implique que tous les actes antérieurs produisent leurs effets et que tous les actes produits pendant la période de radiation produisent aussi leurs effets. D'ailleurs, pour que l'instance reprenne son cours, il suffit qu'une seule des parties accomplisse un acte de procédure et qu'elle en justifie (article 383, alinéa 1er, du Code de procédure civile).

La radiation est une mesure d'administration judiciaire (article 383, alinéa 1er, du Code de procédure civile), comme telle insusceptible de recours (article 537 du Code de procédure civile)<sup>7</sup>. Il en est de même du rétablissement de l'affaire au rôle<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> Cadiet et Jeuland, *op. cit.*, n° 681.

<sup>2</sup> Civ. 2, 17 octobre 2019, n° 18-20441, *Procédures* 2020, n° 2, obs. H. Croze.

<sup>3</sup> Cf. *supra* : titre II « Déroulement de l'instance », chap. I « Les procédures devant le tribunal judiciaire », section 2 « La procédure orale », § 3 « La procédure accélérée au fond ».

<sup>4</sup> E. Baraduc et L. Boré « La simplification de la procédure devant la Cour de cassation – A propos du décret n° 2014-1338 du 6 novembre 2014 », *JCP* 2014, 2042.

<sup>5</sup> Civ. 2, 21 janvier 2010, n° 08-21460, *B. II*, n° 13 : recevabilité du moyen invoquant la violation de l'article 378 du Code de procédure civile, en ce que la décision de sursis à statuer n'a pas déterminé l'événement susceptible d'y mettre fin ; Com. 23 septembre 2014, n° 12-29404, *B. IV*, n° 132 ; *Gaz. Pal.* 21-23 décembre 2014, p. 38, obs. C. Bléry : irrecevabilité du moyen de cassation tiré de la violation de l'article 16 du Code de procédure civile.

<sup>6</sup> Civ. 1, 28 novembre 2018, n° 17-17536 (P) ; *BICC* n° 899, 1er avril 2019, n° 350. Cf. *infra* : 3ème partie « Le dénouement du procès », titre II « Les voies de recours », Chap. I « Généralités sur les voies de recours », section 1 « Le droit au recours, droit fondamental », § 2 « Le droit fondamental au recours en droit interne », B. « La protection du droit fondamental au recours par les juridictions judiciaires ».

<sup>7</sup> Soc. 16 juin 1981, *B. V*, n° 577 ; Civ. 2, 2 mars 1983, *B. II*, n° 58 ; Civ. 2, 17 juillet 1991, *B. II*, n° 229.

<sup>8</sup> Civ. 2, 22 septembre 2016, n° 15-19662, *B. II*, n° 212.

## B. Le retrait du rôle

En ce qui concerne le retrait du rôle, l'esprit est ici radicalement différent puisqu'il s'agit pour les parties d'un commun accord de demander une radiation conventionnelle afin éventuellement de se concilier. Cette radiation conventionnelle avait été reconnue par l'Assemblée plénière dans un arrêt du 24 novembre 1989<sup>1</sup>. Le décret du 28 décembre 1998 a entériné cette pratique à l'article 383 du code, sous le nom de « retrait du rôle ».

La décision permet d'évacuer du rôle une affaire en cours, alors que celle-ci peut peut-être se résoudre à l'amiable. Cela facilite la conciliation et cela désencombre le tribunal, qui, en attendant, peut statuer sur d'autres affaires. Ce retrait du rôle ne peut être ordonné que si toutes les parties en font la demande écrite et motivée. Il appartient au juge de contrôler le sérieux de cette demande de retrait du rôle, qu'il peut accorder ou refuser. Mais cette dernière option est rare, car un retrait du rôle des affaires en cours lui permet d'alléger son emploi du temps.

Comme la radiation, le retrait du rôle est une mesure d'administration judiciaire, comme telle insusceptible de recours (articles 383, alinéa 1er, précité et 537 du Code de procédure civile).

## Section 3 : Extinction de l'instance

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

### § 1 La péremption d'instance<sup>2</sup>

La péremption est définie à l'article 386 du Code de procédure civile comme l'extinction de l'instance par l'inaction de toutes les parties pendant un délai de deux ans. Ici, l'absence en fait de diligence<sup>3</sup> des parties durant un temps aussi long laisse présumer qu'elles ont en réalité abandonné leur combat judiciaire. Accessoirement, cette péremption va permettre aussi de désencombrer le rôle des juridictions d'affaires anciennes et figées.

On examinera les conditions de la péremption d'instance, son initiative et ses effets.

#### A. Conditions de la péremption d'instance

Un certain délai doit s'être achevé et elle doit être prononcée par le juge compétent.

##### 1. Délai de la péremption d'instance

La péremption suppose qu'un délai de deux ans soit expiré sans que les parties n'aient accompli d'acte de procédure. Ce délai part soit de l'enrôlement de l'affaire soit du dernier acte de procédure. Mais il est susceptible de suspension et d'interruption.

<sup>1</sup> Ass. plén. 24 novembre 1989, *D.* 1990, *J.* 25, concl. Cabannes ; *JCP* 1990, II, 21407, note L. Cadiet ; *RTD civ.* 1990, 145, obs. R. Perrot.

<sup>2</sup> J. Viatte « Péremption d'instance, caducité et radiation », *Gaz. Pal.* 1974, *doctr.* 372.

<sup>3</sup> Sur la notion de diligence interruptive du délai de péremption, dont la Cour de cassation a une approche restrictive, *cf.* Civ. 2, 25 septembre 2014, n° 13-19583, *B. II*, n° 196 : dans la procédure orale, le seul fait de comparaître à une audience où l'examen de l'affaire est renvoyé à une audience ultérieure, ne constitue pas une diligence au sens de l'article 386 du Code de procédure civile ; Civ. 2, 2 juin 2016, n° 15-17354, *B. II*, n° 159 ; *Procédures* n° 8-9, août 2016, *comm.* 252, obs. Y. Strickler : le paiement des frais de greffe, dont le défaut avait justifié la radiation de l'affaire, « ne témoigne pas d'une volonté de donner une impulsion à l'instance » et, partant, n'interrompt pas le délai de péremption ; Civ. 2, 1er septembre 2016, n° 15-14551, *B. II*, n° 197 ; *D.* 2016, 1758 ; *Procédures* n° 11, novembre 2016, *comm.* 322, note Y. Strickler : le dépôt de conclusions au fond au greffe de la cour d'appel, non accompagné d'une demande de rétablissement de l'affaire radiée, ne constitue pas une diligence interruptive de prescription ; Civ. 2, 13 mai 2015, n° 14-18090, *B. II*, n° 114 : lorsque deux instances présentent un lien de dépendance direct et nécessaire, les actes de procédure accomplis dans la première sont susceptibles d'interrompre le délai de péremption ayant couru dans la seconde, dès lors que l'issue de cette instance dépend directement du sort de la première.

D'une part, en effet, il résulte de l'article 392, alinéa 2, du Code de procédure civile que le cours de la péremption est suspendu si cette suspension n'a lieu que pour un temps ou jusqu'à la survenance d'un événement déterminé<sup>1</sup>.

D'autre part, il résulte indirectement de l'article 392, alinéa 1er, du Code de procédure civile que, pour que la péremption puisse être prononcée, il faut que, durant le délai, aucun acte ne soit venu interrompre son écoulement.

Selon la Cour de cassation, un acte n'a d'effet interruptif du délai de péremption qu'à la double condition que cet acte fasse partie de l'instance et la continue<sup>2</sup>. La mise en œuvre de cette définition a donné lieu à un abondant contentieux, d'où il résulte que la jurisprudence a une conception plutôt large de l'acte interruptif<sup>3</sup>. Toujours selon la Cour de cassation, lorsque la diligence vouée à interrompre le délai de péremption consiste en un acte de procédure, l'irrégularité de cet acte est sans incidence sur son effet interruptif, que cette irrégularité soit de forme<sup>4</sup> ou même de fond<sup>5</sup>.

D'après la Cour de cassation<sup>6</sup>, encore, en cas de demande de retrait du rôle formée par les parties, le cours de la péremption n'est interrompu qu'à la date de la décision du juge d'ordonner le retrait, et non à la date à laquelle cette demande a été formée. En revanche, pour la Cour de cassation, une décision de radiation n'a aucun effet interruptif du délai de péremption<sup>7</sup>.

Les dispositions de l'article 642 du Code de procédure civile, relatives à la computation des délais de procédure et, notamment, à la prorogation du délai lorsque le *dies ad quem* est un samedi, un dimanche, un jour férié ou chômé, sont applicables au délai de péremption<sup>8</sup>.

## 2. Juge compétent pour prononcer la péremption d'instance

S'agissant d'un incident d'instance, seul le juge devant lequel l'instance se déroule, peut la prononcer<sup>9</sup>.

### B. Initiative de la péremption d'instance

Depuis le décret n° 2017-892 du 6 mai 2017, elle peut être constatée par le juge, alors même qu'aucune partie ne l'aurait invoquée.

#### 1. Péremption invoquée par une partie

La péremption d'instance peut être invoquée par voie d'action ou d'exception (article 387 du Code de procédure civile). Elle doit, à peine d'irrecevabilité, être demandée ou opposée avant tout autre moyen (article 388, alinéa 1er, du Code de procédure civile)<sup>10</sup>.

Si les conditions de la péremption d'instance sont remplies, le juge n'a pas d'autre choix que de la prononcer, car elle est de droit (article 388, alinéa 1er).

#### 2. Péremption constatée d'office par le juge

Le juge peut aussi constater d'office la péremption, après avoir invité les parties à présenter leurs observations (article 388, alinéa 2, rédaction issue du décret n° 2017-892 du 6 mai 2017), donc en respectant le principe du contradictoire. La péremption d'instance n'est en effet pas une simple mesure d'administration judiciaire, soustraite à ce principe, comme le sont la radiation ou le retrait du rôle.

<sup>1</sup> Il en va ainsi, par exemple, selon la Cour de cassation, en l'absence de possibilité pour les parties d'accomplir des diligences de nature à faire progresser l'instance à compter de la date de la fixation de l'affaire pour être plaidée, jusqu'à la date où le juge ordonne le retrait de l'affaire du rôle que les parties avaient sollicité (Civ. 2, 15 mai 2014, n° 13-17294, B. II, n° 112 ; Civ. 2, 30 janvier 2020 (P) ; Gaz. Pal. 28 avril 2020, p. 53, obs. C. Bléry).

<sup>2</sup> Civ. 2, 17 mars 1982, B. II, n° 36 ; RTD civ. 2003, 195, obs. R. Perrot ; Civ. 2, 28 juin 2006, B. II, n° 176 ; D. 2007, pan. 1384, obs. P. Julien.

<sup>3</sup> Cf. par ex. Civ. 2, 29 janvier 2015, n° 13-21675 ; Civ. 2, 18 octobre 2018, n° 17-20544.

<sup>4</sup> Civ. 2, 3 juin 1999, n° 97-19378, B. II, n° 109 ; RTD civ. 1999, 605, obs. R. Perrot ; Civ. 1, 14 février 2006, n° 05-14757, B. I, n° 77 ; Procédures 2006, comm. 71, obs. R. Perrot ; Gaz. Pal. 6-7 juillet 2007, p. 29, note E. du Rusquec.

<sup>5</sup> Civ. 2, 28 juin 2012, n° 11-19615 et 11-19616 ; Civ. 1, 18 mars 2020, n° 19-15160 (P) ; D. Actu. 10 septembre 2020, obs. G. Sansone.

<sup>6</sup> Civ. 2, 15 mai 2014, préc.

<sup>7</sup> Civ. 2, 24 septembre 2015, n° 14-20299, B. II, n° 217 ; Gaz. Pal. 2015, 28, note L. Raschel.

<sup>8</sup> Civ. 2, 1er octobre 2020, n° 19-17797 (P) .

<sup>9</sup> Civ. 1, 18 février 2003, n° 99-10505, B. I, n° 51 ; Procédures 2003, n° 84, note R. Perrot : juge des référés seul compétent ; Civ. 2, 21 février 2013, n° 12-12751, B. II, n° 37 : *idem*.

<sup>10</sup> Civ. 2, 15 octobre 2015, n° 14-19811, B. II, n° 234.

### C. Effets de la péremption d'instance

La péremption va éteindre l'instance<sup>1</sup>, ce qui veut dire que tous les actes de la procédure sont périmés, ils ne peuvent plus être opposés à quiconque et nul ne peut s'en prévaloir. Cependant, aux termes de l'article 389 du Code de procédure civile, la péremption n'atteint pas l'action<sup>2</sup>. Cette dernière pourra toujours être reprise dans le cadre d'une nouvelle instance, à condition toutefois qu'il n'y ait ni prescription ni forclusion.

### § 2 Le désistement d'instance

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

- Le désistement d'action : il s'agit ici de renoncer au droit lui-même qui sert de fondement à l'action. Ce désistement est régi par l'article 384 du Code de procédure civile.
- Le désistement d'un acte de la procédure : il s'agit tout simplement de renoncer à un acte qui a été accompli à son profit, mais qu'on estime, tout compte fait, inutile. Ce peut être, par exemple, le désistement d'une procédure d'inscription de faux ou d'une demande reconventionnelle.
- Le désistement d'instance prévu aux articles 394 à 405 du Code de procédure civile, comprend deux variantes : le désistement de la demande en première instance, le désistement de l'appel, de l'opposition ou du pourvoi en cassation.

#### A. Désistement de la demande en première instance

On examinera successivement ses conditions et ses effets.

##### 1. Conditions du désistement de la demande en première instance

Ce désistement de la demande en première instance est possible en toute matière. Néanmoins, on exige le respect de certaines conditions cumulatives :

- le plaideur qui se désiste doit avoir la capacité d'agir en justice ;
- sa volonté doit être certaine, tout en pouvant être expresse comme tacite (article 397) ;
- son désistement doit être accepté par le défendeur lorsque ce dernier a déjà conclu au fond ou soulevé une fin de non recevoir (article 395)<sup>3</sup>. Comme le désistement, son acceptation peut néanmoins être implicite (article 397). En outre, l'article 396 autorise le juge à passer outre un refus du défendeur, s'il n'est fondé sur aucun motif légitime.

##### 2. Effets du désistement de la demande en première instance

###### a. Extinction de l'instance

Les effets de ce désistement sont évoqués à l'article 398, lequel énonce que ce désistement entraîne l'extinction de l'instance. Mais l'étendue de cette extinction est variable.

Le désistement peut concerner toutes les prétentions à l'égard de toutes les parties, dans cette hypothèse, on a bien une extinction de l'instance totale. Mais le désistement peut être partiel dans son objet, dans ce cas, l'instance n'est éteinte que relativement à l'objet d'une prétention à laquelle on renonce, mais l'instance subsiste pour toutes les autres prétentions. Ce désistement ne peut être adressé qu'à certaines parties et lorsque l'instance est divisible, le désistement aura effet à l'égard de la partie concernée mais n'en aura aucun envers les autres parties.

Sauf convention contraire, le désistement emporte soumission de payer les « frais de l'instance »<sup>4</sup> éteinte, selon l'article 399.

###### b. Absence d'extinction de l'action

<sup>1</sup> La péremption étant indivisible, éteint l'instance, lorsqu'elle est demandée par une partie seulement, au profit de toutes les autres (Civ. 2, 1er septembre 2016, n° 15-18909, B. II, n° 198).

<sup>2</sup> Cf. par ex. Civ. 3, 23 mars 2010, n° 08-70426.

<sup>3</sup> En revanche, le désistement unilatéral du demandeur produit son effet extinctif malgré une demande reconventionnelle : Civ. 2, 11 mai 2017, n° 16-18055, B. II, n° 97. Comp. Soc. 22 octobre 1981, n° 79-42489 79-42623, B. V, n° 817.

<sup>4</sup> La formule vague « *frais de l'instance* » comprend aussi bien les dépens que, le cas échéant, une indemnité réclamée en application de l'article 700 du Code de procédure civile : Civ. 2, 9 novembre 2006, B. II, n° 315 ; D. 2007, 898, obs. D. Vigneau.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Panthéon-Assas  
Licence droit 3ème année Melun 2023-2024

Bien entendu, comme le précise l'article 398, ce désistement n'emporte pas extinction de l'action, la partie qui s'est désistée conservant toujours son droit d'agir tant qu'aucune cause d'extinction de l'action ne survient.

B. Désistement d'appel, d'opposition ou de pourvoi en cassation

Les conditions et les effets de ce désistement seront, ici encore, envisagées rapidement.

1. Conditions du désistement d'appel, d'opposition ou de pourvoi en cassation

Là encore, il y a un certain encadrement.

a. Désistement d'appel

En ce qui concerne le désistement d'appel, il peut être unilatéral. Néanmoins, l'article 401 du Code de procédure civile exige le consentement du défendeur dans deux cas, lorsque le désistement comporte des réserves ou lorsque le défendeur a préalablement formé un appel incident.

b. Désistement d'opposition

En ce qui concerne le désistement d'opposition, il est en principe parfait unilatéralement, sauf dans un cas prévu à l'article 402, lorsque le demandeur initial a préalablement formé une demande additionnelle.

c. Désistement de pourvoi en cassation

Quant au désistement de pourvoi en cassation, l'article 1024 n'exige l'acceptation du désistement que si le demandeur a formé des réserves ou lorsque le défendeur a préalablement formé un pourvoi incident.

2. Effets du désistement d'appel, d'opposition ou de pourvoi en cassation

a. Effets communs aux trois désistements de voie de recours

Quant aux effets de ce désistement, on a un effet classique qui tient à ce que le désistement de la voie de recours éteint l'instance relativement à la voie de recours exercée et cela dans les mêmes conditions que le désistement de la demande en première instance quant à l'objet des prétentions ou quant aux personnes concernées.

b. Effets propres au désistement d'appel et au désistement de pourvoi en cassation

Mais le désistement d'appel ou de pourvoi produit aussi un autre effet, il emporte acquiescement au jugement. En effet, la partie qui s'est désistée de son appel, de son pourvoi, ne peut plus reprendre une instance au premier degré puisque le jugement a désormais autorité de la chose jugée et elle ne peut pas non plus exercer une autre voie de recours qui lui serait encore ouverte.

Néanmoins, il y a tout de même une faculté de rattrapage, si l'on ose dire. En effet, l'article 403 prévoit que le désistement sera non avenu dans le cas où une autre partie interjetterait elle-même appel ou formerait pourvoi postérieurement au désistement.

§ 3 La caducité de la citation<sup>1</sup>

On exposera les cas de caducité de la citation, avant de s'attacher à son régime procédural, puis à ses effets.

A. Cas de caducité de la citation

C'est l'état d'un acte introductif d'instance qui a été créé valablement, mais qui se trouve privé d'effet en raison de la survenance d'un fait postérieurement à sa création. Cette caducité, aux termes de l'article 406 du Code de procédure civile « *ne peut être prononcée que dans les cas et conditions déterminées par la loi* » : pas de caducité sans texte. En principe, les cas de caducité sont dus à une carence des parties et visent à démasquer des citations qui seraient faites à titre purement conservatoires.

Comme cas de caducité de la citation, on peut citer notamment le défaut de placement de l'affaire dans les délais réglementaires au greffe du tribunal judiciaire (article 754 du Code de procédure civile), le défaut de comparution du demandeur (article 468, alinéa 2, du Code), le fait pour l'appelant d'avoir omis de conclure

<sup>1</sup> N. Fricero-Goujon, *La caducité en droit judiciaire privé*, thèse Nice, 1979 ; *adde*, sur la caducité en général : C. Pelletier, *La caducité des actes juridiques en droit privé français*, préf. Ph. Jestaz, éditions L'harmattan, 2004 ; en droit civil : R. Chaaban, *La caducité des actes juridiques (étude de droit civil)*, préf. Y. Lequette, LGDJ, 2006.

dans les trois mois de sa déclaration d'appel (article 908 du Code de procédure civile).

#### B. Régime procédural de la caducité de la citation

La caducité fait l'objet d'un incident qui va être réglé par la juridiction saisie du fond, car elle est aussi juge de la régularité de la saisine. Néanmoins, dans la procédure écrite ordinaire avec mise en état de l'affaire, c'est au juge de la mise en état qu'il appartient de constater l'extinction de l'instance (article 787 du Code de procédure civile) et, par voie de conséquence, de constater la caducité de l'assignation faute d'avoir été placée dans les délais.

Dans plusieurs cas, la caducité doit être relevée d'office par le juge (articles 754 et 908 précités du Code de procédure civile), dans d'autres elle peut l'être (article 468, alinéa 2, précité du Code de procédure civile).

La caducité d'un acte est un incident d'instance, et non, lorsque c'est une partie qui s'en prévaut, une exception de procédure devant être soulevée *in limine litis*<sup>1</sup>. Elle peut donc, en principe, être invoquée en tout état de cause<sup>2</sup>. Néanmoins, dans la procédure écrite ordinaire devant le tribunal judiciaire, lorsque la caducité entraîne l'extinction de l'instance, elle ne peut, conformément à l'article 789, 1°, du Code de procédure civile, être invoquée que devant le juge de la mise en état et le moyen serait irrecevable s'il était soulevé une fois ce juge dessaisi.

La caducité n'est pas non plus une irrégularité de forme affectant l'acte caduc, de sorte que celui qui l'oppose n'a pas à justifier du grief que la carence de l'adversaire lui a causé<sup>3</sup>.

#### C. Effets de la caducité de la citation

Lorsque ce cas de caducité est constatée, l'instance est éteinte (article 385, alinéa 1er, du Code de procédure civile) et tous les actes postérieurs à cette caducité deviennent sans effet.

Néanmoins, cette caducité peut être rapportée par le juge qui l'a prononcée en cas d'erreur de fond, comme l'article 407 du Code de procédure civile le précise. Le texte sous-entend que la caducité peut être prononcée à l'insu des parties. Sinon, en effet, on ne comprendrait pas l'existence de cette voie de rétractation ouverte à la partie à l'encontre du jugement prononçant la caducité<sup>4</sup>. C'est bien en ce sens que la Cour de cassation s'est prononcée<sup>5</sup>.

En outre, toujours selon la Cour de cassation, la voie de rétractation de l'article 407 est seule ouverte à l'encontre d'un jugement prononçant la caducité d'un acte de procédure : la voie de l'appel n'est ouverte qu'à l'encontre de la décision par laquelle le juge refuse de rétracter la première décision<sup>6</sup>. Il en va de même lorsque le jugement est intervenu en premier et dernier ressort : le pourvoi en cassation ne peut être dirigé que contre la décision refusant de rétracter le jugement constatant la caducité<sup>7</sup>.

Néanmoins, des dispositions particulières dérogent à la règle de l'article 407. Ainsi l'article 795, alinéa 1er, du Code de procédure civile prévoit-il que les ordonnances du juge de la mise en état statuant sur un incident mettant fin à l'instance, telle la caducité de l'assignation, sont susceptibles d'appel. Dans cette hypothèse, la voie de rétractation de l'article 407 est donc fermée au plaideur.

Selon l'article 385, alinéa 2, du Code de procédure civile, applicable à toutes les causes d'extinction de l'instance par voie principale, la constatation de l'extinction de l'instance et du dessaisissement de la juridiction ne fait pas obstacle à l'introduction d'une nouvelle demande, si l'action n'est pas éteinte par ailleurs<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> Civ. 2, 5 septembre 2019, n° 18-21717 (P) ; *D. Actu.* 8 octobre 2019, obs. R. Laffly ; *Gaz. Pal.* 17 sept. 2019, 30 obs. C. Berlaud *Gaz. Pal.* 28 janvier 2020, 53, note N. Hoffschir ; *JCP* 2019, 1216, note H. Herman ; *Procédures* novembre 2019, *comm.* 278, H. Croze.

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> Civ. 2, 24 septembre 2015, n° 13-28017, *B. II*, n° 207 ; *D.* 2016, *Chr. C. cass.* 737, obs. H. Adida-Canac, T. Vasseur, E. de Leiris ; *JCP* 2015, 1278, note N. Fricero ; *ibid.* 1304, obs. L. Mayer.

<sup>4</sup> Héron, Le Bars et Salhi, *Droit judiciaire privé*, n° 1215 (numérotation à vérifier)

<sup>5</sup> Civ. 2, 21 octobre 1976, *D.* 1977, *IR* 51 ; *RTD civ.* 1977, 186, obs. R. Perrot.

<sup>6</sup> Civ. 2, 17 juin 1998, n° 95-12810, *B. II*, n° 193 ; *RTD civ.* 1998, 743, obs. R. Perrot (caducité intervenue en application de l'article 468, alinéa 2, du Code de procédure civile) ; Soc. 23 mai 2007, n° 06-40146, *B. V*, n° ; *Dr. et pr.* 2007, 337, obs. A. Bugada ; Soc. 9 novembre 2005, n° 03-47738.

<sup>7</sup> Civ. 2, 11 avril 1975, *B. II*, n° 97 ; *RTD civ.* 1975, 599, obs. R. Perrot ; Civ. 2, 3 juill. 1975, *B. II*, n° 206 ; Soc. 18 mai 2005, n° 02-46947.

<sup>8</sup> J. Viatte « Péremption d'instance, caducité et radiation », *Gaz. Pal.* 1974, *doctr.* 372.



Toutefois dans un arrêt du 3 avril 1987<sup>1</sup>, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a jugé qu'une assignation caduque n'avait pas d'effet interruptif. Cela revient à considérer que l'assignation qui n'a pas été enrôlée équivaut au « néant », selon l'expression de M. Perrot, et donc implicitement à conférer à la caducité d'un acte un effet rétroactif, contrairement aux principes généraux<sup>2</sup>. Depuis lors, la Cour de cassation a généralisé la solution de 1987, en écartant, d'une manière générale, l'effet interruptif de prescription ou d'un délai préfix d'une demande en justice caduque, que cette demande soit matérialisée dans une citation ou dans un autre acte de procédure<sup>3</sup>.

Enfin, l'article 698 du Code de procédure civile met à la charge de l'auxiliaire de justice les dépens afférents aux actes et procédure d'exécution « *injustifiés* » ou « *nuls* » par l'effet de sa faute. Certes, il ne vise ainsi pas expressément les actes caducs. Cependant l'acte caduc peut être considéré comme un acte « injustifié » au sens de ce texte. En effet, la caducité empêche l'acte de procédure de développer ses effets. Si elle est imputable au mandataire *ad litem*, qui n'a pas accompli les formalités nécessaires pour prévenir cette caducité, celui-ci doit donc supporter les dépens.

L'article 698 précisant « *sans préjudice des dommages-intérêts qui seraient réclamés* », le mandataire *ad litem* répondra également, envers son client, du préjudice que la caducité de l'acte a pu lui causer : par exemple, dès lors que la caducité prive l'acte de procédure de son effet interruptif, le demandeur peut se retrouver irrecevable à agir en raison de l'accomplissement de la prescription ou du délai préfix. Il aura ainsi perdu une chance d'obtenir un jugement favorable à sa cause et son avocat devra l'indemniser de cette chance perdue.

#### § 4 L'acquiescement

Définition : c'est le fait de la part d'un plaideur de se soumettre aux prétentions de l'autre.

##### A. Variétés d'acquiescements

L'acquiescement peut se produire à deux moments différents de la procédure, d'où deux types d'acquiescements.

###### 1. Acquiescement à la demande

Le plaideur abandonne son droit de discuter le bien-fondé de la prétention émise contre lui, dès que cette demande est formée.

###### 2. Acquiescement au jugement

L'acquiescement peut se faire aussi après un jugement, on parle alors d'acquiescement au jugement et il s'exprime tout simplement dans le fait que le plaideur renonce à exercer une voie de recours, expressément ou tacitement, en laissant le délai de son exercice s'écouler.

##### B. Conditions de l'acquiescement

Conformément à l'article 410 du Code de procédure civile, cet acquiescement est, dans tous les cas, un acte unilatéral. Il doit être certain, il doit aussi émaner d'une personne capable. Lorsqu'il s'agit d'un acquiescement à la demande, il faut que les droits litigieux soient à la libre disposition des parties. En revanche, l'acquiescement au jugement peut avoir lieu en toutes matières.

##### C. Effets de l'acquiescement

Il convient de distinguer les effets de l'acquiescement à la demande et ceux de l'acquiescement au jugement.

###### 1. Effets de l'acquiescement à la demande

L'article 408 du Code de procédure civile précise les effets de l'acquiescement à la demande : il emporte reconnaissance du bien-fondé des prétentions de l'adversaire et renonciation par l'acquiesçant à son droit d'agir.

###### 2. Effets de l'acquiescement au jugement

<sup>1</sup> Ass. plén. 3 avril 1987, *B. ass. plén.*, n° 2 ; *D.* 1988, *somm.* 122, obs. P. Julien ; *JCP* 1987, II, 20792, concl. J. Cabannes ; *RTD civ.* 1987, 401, obs. R. Perrot ; dans le même sens : Soc. 21 mai 1996, *B. V.*, n° 193.

<sup>2</sup> Sur la discussion, *cf. supra* : « L'action en justice », « Effet de la demande en justice ».

<sup>3</sup> Civ. 2, 21 mars 2019, n° 17-31502 (P).

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Panthéon-Assas  
Licence droit 3ème année Melun 2023-2024

Quant à l'acquiescement au jugement, il produit deux effets. Tout d'abord, il y a soumission à tous les chefs principaux comme accessoires du jugement, donc la partie se soumet à tout ce qui a été jugé. Ensuite et surtout, il y a renonciation aux voies de recours.

L'article 409 prévoit cependant que, si postérieurement à cet acquiescement au jugement, une autre partie forme régulièrement un recours, les effets de cet acquiescement se trouvent anéantis et la personne qui a acquiescé retrouve la possibilité de se défendre ; mais pour cela, il faudra que la partie auteur du recours défende des intérêts qui sont opposés à l'auteur de l'acquiescement.

### TROISIEME PARTIE : LE DENOUEMENT DU PROCES

Le dénouement du procès est prévu à l'article 384, alinéa 1er, du Code de procédure civile. Ce texte présente le jugement comme la cause d'extinction normale de l'instance. Néanmoins, ce jugement peut encore être remis en cause par l'exercice de voies de recours. On va donc s'intéresser dans un titre premier au jugement et dans un titre second aux voies de recours.

Titre I : Le jugement  
Titre II : Les voies de recours

#### Titre I : Le jugement

La notion de jugement doit, tout d'abord, être clarifiée. Ensuite, pour que ce jugement soit régulier et efficace, on doit envisager les conditions de son élaboration. Les règles gouvernant la notification et la publicité du jugement devront encore être examinées, avant d'en venir aux effets du jugement.

Chap. I : Notion de jugement  
Chap. II : Elaboration du jugement  
Chap. III : Notification et publicité du jugement  
Chap. IV : Effets du jugement

#### Chap. I : Notion de jugement

Le jugement est ici défini dans un sens large comme l'acte par lequel le juge se prononce sur une situation de fait par application des règles de droit. Les articles 430 à 524 du Code de procédure civile réglementent cet acte juridictionnel. Dans l'activité quotidienne du juge, tout n'est cependant pas juridictionnel, car il est amené à prendre également d'autres actes. Il importe donc de préciser la notion d'acte juridictionnel<sup>1</sup>, avant d'examiner une distinction, fondamentale pour sa compréhension, celle des jugements contentieux et des décisions gracieuses.

#### Section 1 : Acte juridictionnel et actes non juridictionnels

On traitera successivement des actes non juridictionnels, puis de l'acte juridictionnel.

##### § 1 Actes non juridictionnels

Ce sont des actes émanant du juge, mais qui ne revêtent pas le caractère d'un jugement. On y trouve les mesures d'administration judiciaire et les contrats judiciaires et jugements de donné acte.

##### A. Mesures d'administration judiciaire

On indiquera leur objet, avant de préciser leur régime.

##### 1. Objet des mesures d'administration judiciaire

Ces actes ou mesures peuvent avoir deux objets :

- assurer le bon fonctionnement du service dans une juridiction, par exemple attribution d'un litige à telle ou telle chambre du tribunal judiciaire ;
- assurer le bon déroulement de l'instance, par exemple décision de renvoyer une affaire où le tribunal

<sup>1</sup> Ph. Théry « La notion de juridiction », in : S. Amrani-Mekki (dir.), *Procédure civile et procédure pénale – Unité ou diversité*, Bruyant, 2014, 35 et suiv. ; Y. Lobbin, note D. 1959, J. 608.

judiciaire statue normalement à juge unique à la formation collégiale (article L. 212-2, alinéa 1er, du Code de l'organisation judiciaire), décisions relatives à la fixation des délais, décision de retrait du rôle ou de radiation (articles 381 à 383 du Code de procédure civile, article 781 du même code pour la radiation prononcée par le juge de la mise en état).

## 2. Régime procédural des mesures d'administration judiciaire

À la différence des jugements, les mesures d'administration judiciaire sont prises au besoin d'office par le juge et sans respect du contradictoire. Elles ne sont, en principe, susceptibles d'aucun recours (article 537 du Code de procédure civile), d'où l'intérêt capital à les en distinguer. Malheureusement la distinction est quelquefois difficile à mettre en œuvre.

Ex. la Cour de cassation a qualifié l'ordonnance du président du tribunal de grande instance – devenu tribunal judiciaire – autorisant une partie à assigner à jour fixe<sup>1</sup> et celle du premier président de la cour d'appel autorisant l'utilisation de la procédure d'appel à jour fixe de mesures d'administration judiciaire<sup>2</sup>. Elle ferme en conséquence à la partie adverse la voie du référé-rétractation pour contester cette ordonnance, puisque les mesures d'administration judiciaire ne sont susceptibles d'aucun recours. Or on aurait pu voir dans cette ordonnance une véritable décision juridictionnelle, susceptible comme telle d'un recours destinée à instaurer un débat contradictoire sur ses mérites.

## B. Contrats judiciaires et jugements de donné acte

Ce sont deux catégories d'actes proches, qu'un juge prend à l'occasion, sans pour autant accomplir un acte à proprement parler juridictionnel. On les verra successivement.

### 1. Contrats judiciaires<sup>3</sup>

Dans l'opinion traditionnelle<sup>4</sup>, les jugements se distinguent d'actes non juridictionnels qui se bornent à constater un accord des parties, en l'homologuant ou l'authentifiant. Ce sont les contrats judiciaires, par exemple un jugement d'adjudication<sup>5</sup> ou bien un jugement homologuant une transaction, en lui donnant force exécutoire<sup>6</sup>. En homologuant une transaction, le juge se borne à constater l'accord des parties pour mettre fin à leur litige.

Les dispositions du Code de procédure civile d'exécution confirment cette distinction. En effet, énumérant limitativement les titres exécutoires, permettant à un créancier, selon les articles L. 111-1, alinéa 1er, et L. 111-2 de ce code, de poursuivre l'exécution forcée de l'obligation sur les biens du débiteur, l'article L. 111-3, 1°, dudit code vise distinctement « *les décisions des juridictions de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif lorsqu'elles ont force exécutoire* », d'une part, et « *les accords auxquels ces juridictions ont conféré force exécutoire* ».

Comme les mesures d'administration judiciaire, les contrats judiciaires ne peuvent faire l'objet de

<sup>1</sup> Civ. 2, 24 juin 2004, B. II, n° 321 ; D. 2005, *somm.* 336, obs. P. Julien et N. Fricero. Cf. *supra* : deuxième partie « L'instance », titre II « Déroulement de l'instance », chap. I « Les procédures devant le tribunal judiciaire », section 1 « La procédure écrite », § 2 « Les procédures contentieuses écrites spéciales », C. « Les procédures contentieuses écrites accélérées », 2. « La procédure d'urgence à jour fixe ».

<sup>2</sup> Civ. 2, 25 février 2010, n° 09-10403, B. II, n° 48 ; D. 2010, *AJ* 713 ; Civ. 2, 19 mars 2015, n° 14-14926 et 14-15150, B. II, n° 69 ; Civ. 2, 17 mars 2016, n° 15-10865. Cf. *infra* : titre II « Les voies de recours », chap. II « Les voies de recours ordinaires », section 1 « L'appel », § 1 « Conditions de l'appel », B. « Conditions de délais et de forme de l'appel », 2. « Formes de l'appel ».

<sup>3</sup> G. Wiederkehr « Le rôle de la volonté dans les actes judiciaires », in : *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques : Mélanges Alfred Rieg*, Bruylant, 2002, 883 et suiv. ; D. D'ambra « Règlement amiable, juridiction volontaire et volonté des parties », *ibid.*, 223.

<sup>4</sup> Y. Balensi « L'homologation judiciaire des actes juridiques », *RTD civ.* 1978, 42 et 233 ; Ch. Hugon « Existe-t-il un droit commun de l'homologation judiciaire ? », *LPA* 11 décembre 2003, p. 4 ; P. Julien et J.-B. Racine « Difficultés soulevées par les articles 1441-4 et 1015 du NCPC », *D.* 2008, 129 et suiv. ; G. Wiederkehr « Le rôle de la volonté dans les actes judiciaires », in : *Etudes à la mémoire du professeur Alfred Rieg*, Bruylant 2000, 883 et suiv., spéc. 893 ; X. Vuitton « Quelques réflexions sur l'office du juge de l'homologation dans le livre V du Code de procédure civile », *RTD civ.* 2019, 771 et suiv.

<sup>5</sup> Civ. 2, 20 mai 1985, B. II, n° 99 ; *Gaz. Pal.* 1985, 2, *Pan.* 270, obs. S. Guinchard et T. Moussa ; *RTD civ.* 1986, 431, n° 13, obs. R. Perrot : « *la décision d'adjudication qui ne statue sur aucun incident ne fait que constater un contrat judiciaire et n'a pas le caractère de jugement* » ; Civ. 2, 11 juillet 2013, n° 12-13737, B. II, n° 157.

<sup>6</sup> Cf. *supra* : « Introduction générale », section 2 « Le litige », § 2 « La solution du litige », A. « Solution amiable du litige », 1. « Mode traditionnel de résolution amiable du litige : la transaction », c. « Effets de la transaction », β) « Effets d'ordre judiciaire ».

recours<sup>1</sup>. En effet, leur autorité repose, non pas sur la chose jugée<sup>2</sup>, mais sur la force obligatoire des conventions. Leur contestation doit donc emprunter la voie du droit commun des obligations, au lieu de celle des recours contre les jugements.

A rebours de cette vision traditionnelle, déniait le caractère d'un jugement à l'acte juridictionnel conférant force exécutoire à un accord des parties, un récent courant doctrinal<sup>3</sup> a toutefois soutenu que l'homologation d'un accord serait bien une manifestation de l'office du juge. En effet, celui-ci remplirait une mission de vérification *a posteriori* de l'accord, tendant à en renforcer la portée normative. Un tel acte du juge serait donc en voie de « juridictionnalisation ».

## 2. Jugements de donné acte

On assimile parfois aux contrats judiciaires les jugements de donné acte<sup>4</sup>. Mais ces derniers peuvent constater une simple déclaration unilatérale d'une partie<sup>5</sup>. Bien que, comme les contrats judiciaires, ils n'aient pas autorité de la chose jugée<sup>6</sup> et soient insusceptibles de recours<sup>7</sup>, ils ne leur sont donc pas entièrement réductibles<sup>8</sup>.

Au-delà des différentes illustrations de la distinction, encore faut-il pouvoir tracer la frontière exacte entre ce qui est juridictionnel et ce qui ne l'est pas.

## § 2 L'acte juridictionnel<sup>9</sup>

On a proposé successivement des critères formels, matériels et téléologique de l'acte juridictionnel.

### A. Critères formels de l'acte juridictionnel

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

Il est vrai que ce critère a ainsi permis de reconnaître à certains organismes *a priori* administratifs le caractère de juridictions. Mais on a constaté aussi que ce critère n'avait rien de décisif. Par exemple, un jury d'examen est soumis à des obligations de forme, de publicité qui sont des garanties pour les candidats. Les examinateurs sont indépendants et autonomes. Pourtant un jury d'examen ne rend que des décisions administratives, susceptible d'être contestées en justice.

### B. Critères matériels de l'acte juridictionnel

<sup>1</sup> Civ. 2, 20 mai 1985, préc. ; Civ. 2, 1er septembre 2016, n° 15-22915, B. II, n° 199 ; D. 2016, 1758 ; RTD civ. 2016, 883, obs. P.-Y. Gautier : l'ordonnance homologuant une transaction à la requête d'une partie, mandatée à cet effet par les autres, n'est susceptible d'aucun recours, car elle n'a pas les caractères d'une ordonnance sur requête au sens de l'article 845, alinéa 1er, du Code de procédure civile (ancien article 812, alinéa 1er).

<sup>2</sup> Civ. 1, 12 décembre 2006, B. I, n° 547 ; D. 2007, AJ 154 ; RDC 2007, 434, obs. Y.-M. Serinet et 759, obs. A. Bénabent ; Civ. 2, 28 septembre 2017, n° 16-19184, B. II, n° 190 ; D. 2018, 692, obs. N. Fricero ; *ibid.* 1223, obs. A. Leborgne ; RTD civ. 2018, 220, obs. N. Cayrol ; RD. banc. fin. 2017, comm. 262, obs. S. Piédelièvre : le juge de l'exécution dispose du pouvoir de se prononcer sur la validité d'une transaction judiciairement homologuée. La Cour de cassation fait ainsi prévaloir le caractère contractuel de la transaction homologuée, car le juge de l'exécution ne pourrait revenir sur une décision de justice sans en méconnaître l'autorité de la chose jugée (Civ. 1, 1er avril 2014, n° 12-23022, B. I, n° 64 ; D. 2014, Actu 928).

<sup>3</sup> Chainais et *alii*, *op. cit.*, n° 1126 ; Th. Goujon-Béthan, *L'homologation par le juge. Essai sur une fonction juridictionnelle*, thèse Université Côte d'Azur, dir. N. Fricero, 2019, n° 132.

<sup>4</sup> Cf., identifiant implicitement les deux notions : Civ. 2, 28 novembre 1973, B. II, n° 310 ; JCP 1974, II, 6412 ; Civ. 2, 20 décembre 2001, n° 00-15068.

<sup>5</sup> Civ. 2, 2 janvier 1959, B. II, n° 2 ; Civ. 2, 15 octobre 2009, B. II, n° 245 ; D. 2010, Pan. 604, obs. H. Gaumont-Prat ; JCP 2009, 574, n° 10, obs. Y.-M. Serinet ; RLDC 2009/66, n° 3644, obs. J.-Ph. Bugnicourt. Rapp. Civ. 2, 21 février 2019, n° 17-26866 ; Procédures avril 2019, comm. 123, Ch. Laporte. Sans portée juridique, la demande de donné acte doit être distinguée de celle par laquelle une partie déclare s'en rapporter à la justice, cette dernière demande impliquant une contestation de la demande de l'adversaire (Civ. 3, 16 juin 2016, n° 15-16469, B. III, n° 79 ; Procédures n° 8-9, août 2016, comm. 250, note Y. Strickler).

<sup>6</sup> Civ. 2, 15 octobre 2009, préc.

<sup>7</sup> Civ. 2, 2 janvier 1959, préc., pour un pourvoi en cassation ; Civ. 2, 28 novembre 1973, pour un appel.

<sup>8</sup> Cadiet et Jeuland, *op. cit.*, n° 105.

<sup>9</sup> Chainais et *alii*, *op. cit.*, n° 1100 et suiv. ; Héron et Le Bars, *op. cit.*, n° 326 et suiv. ; comp. la présentation très différente de Cadiet et Jeuland, *op. cit.*, n° 76 et suiv. ; R. Guilién, *L'acte juridictionnel et l'autorité de la chose jugée*, thèse Bordeaux, 1931.

D'autres auteurs ont alors évoqué d'autres critères possibles et certains, comme Duguit, se sont intéressés à la structure même de l'acte juridictionnel en faisant cette fois intervenir des critères matériels. Selon ces auteurs, un acte juridictionnel suppose, en fait, l'existence d'une contestation que les parties auraient accepté de soumettre à un juge pour qu'il trouve une solution spécifique. Partant de cette définition, on identifie l'acte juridictionnel à deux critères :

- L'existence d'une contestation
- L'acceptation de l'instance par deux parties

Mais là encore, la théorie est imparfaite, d'une part, parce qu'il existe des cas où une prétention unilatérale suffit à mettre en œuvre une activité juridictionnelle – recours pour excès de pouvoir, pourvoi en cassation dans l'intérêt de la loi –, d'autre part, parce que le critère conduit à nier la qualification d'acte juridictionnel à la décision gracieuse, ce que tout le monde est loin d'admettre dans la doctrine actuelle<sup>1</sup>.

### C. Critère téléologique de l'acte juridictionnel

Un dernier groupe d'auteurs<sup>2</sup> a choisi d'orienter sa recherche dans une autre direction, en s'intéressant à la finalité de l'acte du juge. En effet, le but de la fonction juridictionnelle est tout simplement, à l'occasion d'une prétention dont le juge est saisi, d'opérer une vérification des situations juridiques. Le résultat de cette vérification – qui n'est pas simplement formelle comme dans le contrat judiciaire, puisqu'elle consiste à « dire le droit » (*jurisdictio*)<sup>3</sup> – constitue l'acte juridictionnel.

En définitive, on constate que pour caractériser un acte juridictionnel, tous ces critères se conjuguent. Le critère déterminant est tiré de la finalité de l'acte, mais il doit coïncider avec les critères secondaires formels et matériels. Ce qu'il faut retenir, c'est que l'acte juridictionnel est l'acte qui règle une situation donnée par application d'une règle de droit<sup>4</sup>.

## Section 2 : Jugements contentieux et décisions gracieuses

Si on définit l'acte de la manière dont on vient de le faire, en mettant en exergue le critère tiré de la finalité de l'acte juridictionnel, on est amené à en déduire qu'il existe une dualité des actes juridictionnels. On distingue en effet les jugements contentieux des décisions gracieuses. Le critère et les intérêts de la distinction seront successivement envisagés.

### § 1 Critère de distinction des jugements contentieux et des décisions gracieuses

#### A. Jugements contentieux

Les actes contentieux sont tous les actes rendus contradictoirement pour trancher une contestation. Peu importe que la contestation soit définitivement ou provisoirement tranchée par le juge.

A ces jugements que l'on qualifie d'ordinaires, on oppose des jugements qualifiés de convenus ou d'expédient qui ont soulevé des interrogations quant à leur nature. Ils sont rendus à l'occasion d'un litige simulé par les parties : d'accord sur la solution, celles-ci prennent l'initiative de créer entre elles un contentieux purement ostensible, afin que leur accord soit constaté dans un jugement qui sera revêtu de l'autorité de la chose jugée et qui, comme tel, se retrouvera, à bref délai, à l'abri de tout recours. En l'occurrence, le juge ne fait donc que s'approprier un accord préparé par les parties. Néanmoins on a conféré à ce jugement le caractère juridictionnel en se référant au critère dominant, qui tient au contrôle que le juge exerce sur l'accord : ce contrôle suffit à qualifier cet acte de juridictionnel, et partant à le distinguer du contrat judiciaire ou du jugement de donner acte<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Cadiet et Jeuland, *op. cit.*, n° 78 et 98-99 ; Chainais et *alii*, *op. cit.*, n° 1840, n° 1977 et suiv. ; Héron et Le Bars, *op. cit.*, n° 329 et 331 ; P. Hébraud, *D.* 1946, L 333.

<sup>2</sup> R. Guillien, *L'acte juridictionnel et l'autorité de la chose jugée*, p. 59 ; Chainais et *alii*, *op. cit.*, n° 1112.

<sup>3</sup> *cf.* Cadiet et Jeuland, *op. cit.*, n° 79.

<sup>4</sup> Cadiet et Jeuland, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>5</sup> Héron et Le Bars, *op. cit.*, n° 324 ; Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. II, p. 613-615.

La distinction entre le contrat judiciaire ou le jugement de donné acte et le jugement d'expédient peut néanmoins se révéler d'une mise en œuvre délicate dans la pratique. Tout dépend en effet du rôle du juge. Si celui-ci s'est borné à entériner l'accord des plaideurs, il s'agit d'un contrat judiciaire<sup>1</sup>. Si, au contraire, le juge s'est approprié l'accord des plaideurs en appuyant sa décision sur des motifs particuliers, il a accompli un acte juridictionnel<sup>2</sup>. Sa décision doit alors être considérée comme un jugement contentieux ayant autorité de la chose jugée et pouvant faire, le cas échéant, l'objet d'un recours approprié, notamment l'appel.

### B. Décisions gracieuses<sup>3</sup>

Les actes juridictionnels gracieux sont des actes juridictionnels de nature spéciale, puisque, par définition, il n'y a pas de litige, comme le précise l'article 25 du Code de procédure civile. Le juge est néanmoins sollicité, pour l'une ou l'autre des deux raisons que ce texte mentionne :

- Soit pour qu'il vérifie certains actes et leur confère l'authenticité : c'est le cas, par exemple, d'un jugement qui prononce l'émancipation d'un mineur.
- Soit dans un souci de protection : c'est le cas, par exemple, lorsqu'on décide qu'une décision du conseil de famille relativement à un mineur doit être homologuée. L'homologation sera un moyen de contrôler que le mineur n'a pas été défavorisé.

## § 2 Intérêts de la distinction des jugements contentieux et des décisions gracieuses

Ils concernent la manière dont les décisions gracieuses sont rendues et le refus traditionnel de leur reconnaître l'autorité de la chose jugée. En revanche, pendant longtemps considérées comme insusceptibles de recours, elles le sont désormais, depuis l'entrée en vigueur du Code de procédure civile actuel.

### A. Prononcé de la décision

Tandis que les jugements contentieux sont prononcés en audience publique, du moins en principe<sup>4</sup>, les décisions gracieuses le sont « *hors la présence du public* » (article 451 du Code de procédure civile).

### B. Autorité de la chose jugée

Alors que les jugements contentieux ont autorité de chose jugée, du moins s'ils sont définitifs ou mixtes<sup>5</sup>, les décisions gracieuses sont traditionnellement considérées comme en étant dépourvues<sup>6</sup>.

Motif : aux termes de l'article 480 du Code de procédure civile, un jugement n'a d'autorité de la chose jugée que « *relativement à la contestation qu'il tranche* ». Or un jugement gracieux ne tranche pas de

<sup>1</sup> Civ. 2, 28 novembre 1973, préc.

<sup>2</sup> Civ. 2, 20 décembre 2001, n° 00-15068, préc.

<sup>3</sup> Chainais et alii, *op. cit.*, n° 1837 et suiv., not. n° 1842 ; Héron et Le Bars, *op. cit.*, n° 317 et suiv. ; M. Planiol, *Caractères et effets des décisions rendues en matière de juridiction gracieuse*, thèse Paris, 1910 ; G. Brulliard, *L'évolution de la notion de juridiction « gracieuse » ou « volontaire » et celle de juridiction d'après les récents travaux de la doctrine italienne*, 1958 ; H. Roland, *Chose jugée et tierce opposition*, préf. B. Starck, thèse Lyon, 1958 ; A. Zaghloul, *La juridiction gracieuse*, thèse Lyon, 1981 ; D. Le Ninivin, *La juridiction gracieuse dans le nouveau Code de procédure civile*, thèse Rennes, 1982, Litec, 1983 ; H. Solus « La procédure civile non contentieuse en droit français », *Congrès international de droit comparé*, Uppsala, 1966, Cujas, 231 ; R. Martin « Matière gracieuse et ordonnance sur requête unilatérale », *JCP* 1976, I, 2787 ; J. N. Hazard « La juridiction gracieuse », in : *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, 621 et suiv. ; J.-L. Bergel « La juridiction gracieuse en droit français », *D.* 1983, *chr.* 153 ; du même auteur « Juridiction gracieuse et matière contentieuse », *D.* 1985, *chr.* 165 ; G. Wiederkehr « L'évolution de la jurisprudence gracieuse », in : *Mélanges offerts à Pierre Drat*, Dalloz 2000, 481 et suiv. ; du même auteur « Le rôle de la volonté dans les actes judiciaires », *op. cit.* ; D. D'ambra « Règlement amiable, juridiction volontaire et volonté des parties », *op. cit.* ; Y. Lobin, note *D.* 1959, *J.* 608 ; J. Normand, obs. *RTD civ.* 1979, 826 et 1980, 150.

<sup>4</sup> Cf. *infra*.

<sup>5</sup> Cf. *infra*.

<sup>6</sup> Civ. 25 octobre 1905, *D.P.* 1906, I, 337, note M. Planiol ; Civ. 1, 4 octobre 1989, n° 88-10885 ; Civ. 1, 27 octobre 1992, *B. I.*, n° 272 ; *JCP* 1993, I, 3713, n° 1, obs. F.-X. Testu ; Civ. 1, 6 avril 1994, *B. I.*, n° 141 ; *Justices* 1995/2, 283, note critique G. Wiederkehr ; *RTD civ.* 1996, 709, obs. R. Perrot ; Civ. 1, 3 janvier 1996, n° 94-04069. Cf. cpdt, attribuant l'autorité de la chose jugée au jugement homologuant la convention définitive entre époux dans un divorce par consentement mutuel sur requête conjointe : Civ. 2, 25 novembre 1999, *B. II.*, n° 177 ; *JCP* 2000, II, 10338, note Guedj.

contestation. Il n'a donc pas autorité de la chose jugée. Une partie de la doctrine critique néanmoins cette absence d'autorité de la chose jugée attribuée aux jugements gracieux<sup>1</sup>. A l'appui de leur affirmation selon laquelle ces jugements devraient avoir l'autorité de la chose jugée, les auteurs font valoir, d'une part, qu'ils répondent à la définition de l'acte juridictionnel, d'autre part, qu'ils peuvent désormais faire l'objet de recours<sup>2</sup>, ce qui ne se concevrait pas s'ils étaient dénués d'une telle autorité.

### C. Voies de recours

La doctrine classique a longtemps enseigné que les décisions gracieuses étaient insusceptibles de recours. En effet, faisait-on valoir, ces voies de recours ont été conçues pour réparer un « mal jugé », ne pouvant émaner, par définition, que d'un jugement contentieux. L'argument était cependant loin d'être décisif, dans la mesure où une décision gracieuse peut fort bien causer un grave préjudice, soit au requérant dont la requête a été rejetée, soit à des tiers. Il est donc indispensable d'offrir aux intéressés la possibilité d'exercer un recours contre la décision leur faisant grief, même si celle-ci n'est que gracieuse.

De fait, en droit judiciaire privé actuel, une décision gracieuse peut être l'objet d'un appel (articles 543 et 546, alinéa 2, du Code de procédure civile) ou d'une tierce opposition (article 583, alinéa 3, du Code de procédure civile). Quant au principe de l'admission des voies de recours, les jugements gracieux ne se singularisent donc plus par rapport aux jugements contentieux. Les modalités d'exercice des voies de recours en matière gracieuse diffèrent, en revanche, de celles applicables en matière contentieuse<sup>3</sup>.

Dès lors que les jugements gracieux sont susceptibles de recours, des auteurs modernes en concluent qu'ils ont nécessairement l'autorité de la chose jugée<sup>4</sup>. L'appel et la tierce opposition, notamment, remettent en question la chose jugée, afin qu'il soit statué à nouveau en fait et en droit (articles 561 et 582 du Code de procédure civile). L'article 561 du Code de procédure civile énonce, tout particulièrement, que « *L'appel remet la chose jugée en question devant la juridiction d'appel.* » La possibilité de relever appel d'une décision gracieuse se concilie donc malaisément avec l'affirmation traditionnelle selon laquelle une telle décision serait dénuée de l'autorité de la chose jugée.

## Chap. II : Élaboration du jugement

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

### Section 1 : Conditions d'élaboration du jugement

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

#### § 1 Rédaction du jugement

Le jugement sur le fond est élaboré lors du délibéré mais il reste à en faire un acte solennel, qui, à ce titre, doit contenir un certain nombre de mentions, les unes formelles, les autres de fond.

##### A. Mentions formelles du jugement

Le jugement doit contenir les mentions formelles énoncées à l'article 454 du Code de procédure civile.

##### 1. Juridiction ayant rendu le jugement

Ce sont tout d'abord des mentions relatives à la juridiction auteur du jugement. C'est ainsi qu'on doit trouver dans le jugement l'indication de la juridiction, le nom des juges qui ont délibéré, le nom des

<sup>1</sup> Hébraud, *D.* 1946, *L* 343, col. 1, § 1 et *RTD civ.* 1957, 569 ; Cadiet et Jeuland, *op. cit.*, n° 730 ; Chainais et alii, *Procédure civile*, n° 1849 ; Héron et Le Bars, *op. cit.*, n° 375. Sur la controverse, cf. ég. Solus et Perrot, *op. cit.*, t. I, n° 498.

<sup>2</sup> Cf. *infra* : C.

<sup>3</sup> Cf. les textes précités et les articles 950 à 953 du Code de procédure civile pour l'appel.

<sup>4</sup> Cf. *supra* : B.



représentants du ministère public s'il a assisté aux débats ainsi que le nom du greffier.

En outre, l'article 456 exige plus spécifiquement la signature du président, ainsi que celle du greffier. Cette mention des signatures est, en fait, ce qui va conférer au jugement son caractère d'acte authentique.

## 2. Date du jugement

Comme autre mention formelle, on trouve aussi la date du jugement, qui est celle de son prononcé.

## 3. Parties, avocats, personnes ayant représenté ou assisté les parties

En effet, ces parties doivent être identifiées de même que leurs représentants ou les personnes qui les ont assisté.

## B. Mentions de fond du jugement

Outre les mentions formelles, le jugement doit comporter des mentions de fond, prévues à l'article 455 du Code de procédure civile.

### 1. Exposé des prétentions et moyens des parties

On trouve tout d'abord l'exposé des prétentions et des moyens des parties, qui doit être « *succinct* » (article 455, alinéa 1er). Cette mention est en effet essentielle pour vérifier qu'il n'y a pas eu dénaturation des conclusions des parties et que le juge n'a statué ni au-delà ni en deçà de ce qui était demandé. Pourtant, le décret du 28 décembre 1998 a remis en cause cette mention en autorisant les juges à procéder par simple visa des conclusions des parties avec indication de leur date (même article)<sup>1</sup>.

### 2. Motifs du jugement

La deuxième mention de fond exigée est la motivation (article 455, alinéa 1er) : les juges doivent exposer les raisons de droit et de fait qui ont déterminé la décision. On verra successivement le principe et sa justification, puis ses atténuations.

#### a. Principe et justification de l'exigence de motivation

Platon<sup>2</sup> insistait déjà sur la nécessité pour les juges de motiver leurs décisions, afin que les citoyens les comprennent et les respectent. L'exigence de motivation est un rempart contre l'arbitraire du juge, car la motivation permet de vérifier que le juge a bien raisonné et cette motivation doit permettre aux plaideurs de comprendre cette solution. La Cour de Cassation exerce son contrôle sur cette motivation. En effet, d'après sa jurisprudence, la motivation ne doit pas seulement exister, elle doit aussi être suffisante, précise, rationnelle et complète<sup>3</sup>.

Si sa motivation fait défaut, la décision attaquée est entachée d'un défaut de motifs, entraînant sa cassation pour violation de l'article 455 du Code de procédure civile. Par extension, la Cour de cassation considère que la décision attaquée encourt pareillement la censure sur le fondement de l'article 455, si, notamment, ses motifs (en fait) sont contradictoires ou si elle est entachée d'un défaut de réponse aux conclusions d'une partie. La contradiction de motifs<sup>4</sup>, de même que les motifs dubitatifs<sup>5</sup> ou hypothétiques<sup>6</sup>, et le défaut de réponse à conclusions<sup>7</sup> équivalent ainsi au

<sup>1</sup> Civ. 2, 19 novembre 2020, n° 19-19514 (P) : l'indication de la date est alors impérative, à défaut le jugement encourt la nullité ; Civ. 3, 16 septembre 2021, n° 20-16347 : le visa des conclusions des parties, avec l'indication de leur date, n'est nécessaire que si le juge n'expose pas succinctement leurs prétentions.

<sup>2</sup> Platon, *Les lois*, texte et trad. L. Gernet, Les Belles Lettres ; trad. L. Brisson et J.-F. Pradeau, Garnier-Flammarion, livre IX, 876 a-b.

<sup>3</sup> Cf. par ex. Civ. 2, 6 mai 2021, n° 19-23173 (P).

<sup>4</sup> Cf. par ex. Civ. 1, 19 mai 1998, B. I, n° 175 ; A. Perdriau « Des différentes sortes de contradictions qui sont susceptibles d'entacher les jugements, de leur réparation ou de leur sanction », *LPA* n° 249, 15 décembre 1999, p. 6.

<sup>5</sup> Cf. par ex. Civ. 2, 3 novembre 1993, B. II, n° 303 ; Civ. 2, 6 décembre 1995, B. II, n° 302.

<sup>6</sup> Cf. par ex. Civ. 2, 14 novembre 1990, B. II, n° 234.

<sup>7</sup> Cf. par ex. Civ. 1, 24 octobre 1962, B. I, n° 442 ; Civ. 1, 15 juillet 1963, B. I, n° 395 ; Civ. 3, 9 janvier 1969, B. III, n° 35 ; Civ. 1, 5 mai 1971, B. I, n° 153 ; Civ. 2, 25 mai 2022, n° 20-22256.

défaut de motifs.

Si, en revanche, la motivation est simplement insuffisante pour mettre la Cour de cassation en mesure d'exercer son contrôle sur la correcte application de la règle de droit par les juges du fond, la décision attaquée encourt la censure pour défaut ou manque de base légale<sup>1</sup>.

Ces deux vices de la décision attaquée doivent être soigneusement distingués. Le défaut de motifs, leur contradiction et le défaut de réponse à conclusions relèvent en effet du contrôle disciplinaire de la Cour de cassation, tandis que le défaut ou le manque de base légale relève, comme la violation de la loi, de son contrôle normatif. Le contrôle disciplinaire porte en effet sur la manière dont les juges du fond rendent leur décision, tandis que le contrôle normatif porte sur le fond du droit.

La Cour européenne des droits de l'homme attache une grande importance à l'exigence de motivation, qu'elle tient pour une composante du droit à un procès équitable affirmé par l'article 6, § 1, de la Convention EDH. En effet, la Cour européenne considère que l'énoncé des motifs est seul de nature à permettre au justiciable de vérifier que le juge a bien examiné ses prétentions et, partant, qu'il a bien été entendu. Aussi bien a-t-elle condamné la France à trois reprises pour insuffisance de motivation, dans les arrêts *Fouquet*<sup>2</sup>, *Higgins*<sup>3</sup> et *Dulaurans*<sup>4</sup>.

#### b. Atténuations à l'exigence de motivation

L'exigence de motivation connaît des atténuations à l'égard des arrêts d'appel et des arrêts de la Cour de cassation.

##### α) Assouplissement de l'exigence de motivation à l'égard des arrêts d'appel

L'exigence de motivation est assouplie à l'égard des arrêts d'appel. En effet, « *Lorsqu'elle confirme un jugement, la cour est réputée avoir adopté les motifs de ce jugement qui ne sont pas contraires aux siens* » (article 955 du Code de procédure civile). La Cour d'appel peut donc confirmer un jugement par simple adoption des motifs des premiers juges. Cette manière de procéder n'est pas en soi contraire aux exigences d'un procès équitable, selon la Cour européenne des droits de l'homme<sup>5</sup>.

##### β) Dispense de motivation concernant des décisions de la Cour de cassation

Conformément à une tradition<sup>6</sup> controversée, la Cour de cassation motive traditionnellement ses arrêts de manière lapidaire : *imperatoria brevitatis*. En effet, la jurisprudence n'est pas officiellement source de droit en droit français : son statut constitutionnel et législatif l'en

<sup>1</sup> Cf. not. J. Voulet « L'interprétation des arrêts de la Cour de cassation », *J.C.P.* 1970, I, 2035 ; <https://www.courdecassation.fr/toutes-les-actualites/comprendre-une-decision-de-la-cour/comprendre-un-arret-de-la-cour-de>

<sup>2</sup> CEDH 12 octobre 1994, *Fouquet c/ France*, req. n° 20398/92 : violation de l'article 6 § 1, en ce qu'un arrêt de la Cour de cassation avait déclaré irrecevable un moyen comme contraire à l'argumentation soutenue devant les juges du fond, alors que c'était la même thèse qui avait été soutenue tant en appel que devant la Cour de cassation.

<sup>3</sup> CEDH 19 février 1998, *Higgins c/ France*, D. 1998, somm. 369, obs. N. Fricero *RTD civ.* 1998, 516, obs. J.-P. Marguénaud.

<sup>4</sup> CEDH 21 mars 2000, *Dulaurans c/ France*, D. 2000, J 883, note Th. Clay ; D. 2000, I.R. 170 ; *J.C.P.* 2000, II, 10344, note A. Perdriau ; *RTD civ.* 2000, p. 439, n° 5, obs. J.-P. Marguénaud ; *Procédures* 2000, obs. N. Fricéro : violation de l'article 6, § 1, en ce que la Cour de cassation aurait commis une erreur manifeste d'appréciation en déclarant nouveau, mélangé de fait et droit et partant irrecevable un moyen de cassation soutenu, au moins implicitement, devant la cour d'appel. Cf. J.-F. Burgelin « La Cour de cassation en question », D. 2001, *Point de vue*, 22 mars 2001, 932 ; L. Boré « La motivation des décisions de justice et la convention EDH », *JCP* 2002, I, 104 ; V. Delaporte « Le contrôle de l'irrecevabilité des moyens nouveaux devant la Cour de cassation : l'affaire Dulaurans (21 mars 2000) », *Cahiers du CREDO* n° 7, [www.credho.org/cedh/session07/session07-03.htm](http://www.credho.org/cedh/session07/session07-03.htm) Toutefois l'erreur manifeste d'appréciation ne peut se déduire du seul caractère laconique de la motivation d'un arrêt de la Cour de cassation (CEDH 21 février 2012, *Tourisme d'affaires c/ France*, Dr. et proc. 2012/5, 134, obs. N. Fricéro).

<sup>5</sup> CEDH 21 janvier 1999, *Garcia Ruiz c/ France*, *Procédures* 1999, n° 230, obs. N. Fricéro.

<sup>6</sup> A. Breton « L'arrêt de la Cour de cassation », *Annales de la Faculté de droit de Toulouse*, t. XXIII, 1975, p. 5 et suiv. ; A. Perdriau, *La pratique des arrêts civils de la Cour de cassation (principes et méthodes de rédaction)*, Litec, 1993, n° 1286-1291, n° 1297, n° 1299, n° 1308 ; Y. Chartier, « De l'an II à l'an 2000. Remarques sur la rédaction des arrêts civils de la Cour de cassation », in : *Mélanges en l'honneur de Pierre Drat*, Dalloz, 2000, 269, sp. 278 et s. ; H. Croze « Pour une motivation pas trop explicite des décisions de la Cour de cassation », in : *Liber amicorum - Mélanges Philippe Malaurie*, Defrénois, 2005, 181 ; A. Brunet « Droit au procès équitable et contrôle de la motivation des décisions de la Cour de cassation », in : *Justice et droits fondamentaux : études offertes à Jacques Normand*, Litec, 2003, 51 ; F. Bérenger, *La motivation des arrêts de la Cour de cassation*, PUAM, 2003 ; P. Deumier « Repenser la motivation des arrêts de la Cour de cassation ? », D. 2015, 2022 ; *varii auctores* « Motivation des arrêts de la Cour de cassation », [www.courdecassation.fr/cour\\_cassation\\_1/reforme\\_cour\\_7109/cour\\_cassation\\_32581.html](http://www.courdecassation.fr/cour_cassation_1/reforme_cour_7109/cour_cassation_32581.html). ; *varii auctores*, *Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation - Actes de la conférence débat du 24 novembre 2015*, *JCP* 2016, supplément au n° 1-2, 11 janvier 2016.

empêche (article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, articles 10 et 12 de la loi des 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire et article 5 du Code civil)<sup>1</sup>. Aussi la Cour de cassation n'a-t-elle d'autre mission que de vérifier la conformité ou non de la décision attaquée à une règle de droit préexistante : loi, décret, principe général du droit<sup>2</sup>... Sa motivation doit donc consister uniquement en l'affirmation que la décision attaquée a, ou non, correctement appliqué cette règle. Pas plus que le législateur dont elle est l'interprète, elle n'a à justifier la règle elle-même, au-delà de son application, à « motiver sa motivation » par des considérations économiques, sociales, psychologiques, au risque de se comporter en troisième degré de juridiction<sup>3</sup>.

Il en est résulté, il est vrai, un certain hermétisme des arrêts de la Cour de cassation. Mais, à ce stade ultime de la procédure civile, l'essentiel, pour le justiciable, est de savoir que le litige a été tranché conformément au droit. Quant à déterminer le sens et la portée de l'arrêt intervenu, c'est l'affaire de spécialistes, et non du public<sup>4</sup>. Le profane, de toute façon, n'a pas suivi la formation longue et difficile grâce à laquelle le juriste est en mesure de comprendre et d'expliquer la règle de droit et son interprétation par la jurisprudence. La Cour de cassation a pour mission de « dire le droit », et non de l'enseigner ou de l'expliquer<sup>5</sup>.

Sous l'influence d'une partie de la doctrine<sup>6</sup> et sous l'impulsion de son premier président, assisté d'autres magistrats<sup>7</sup>, la Cour de cassation a cependant, ces dernières années, abandonné sa concision pour une motivation enrichie<sup>8</sup>, à dessein de rendre le sens de ses décisions à forte teneur normative plus accessible au citoyen. Elle a abandonné parallèlement son emploi des « attendus ». La Cour de cassation entend ainsi satisfaire aux exigences démagogiques d'intelligibilité, que la Cour européenne des droits de l'homme a posées au titre du procès équitable. Cette évolution a été diversement accueillie<sup>9</sup>.

D'aucuns avaient effectivement défendu, en doctrine, la mise en place d'une politique de motivation adaptée au type de litige porté devant la Cour de cassation<sup>10</sup> : les questions litigieuses à forte teneur normative appelleraient des arrêts à la motivation approfondie et détaillée, tandis que les questions simples donneraient lieu à des arrêts motivés de manière concise ; quant aux questions dénuées de sérieux, elles seraient tranchées par des arrêts à la motivation simplifiée, rendus à l'issue d'une procédure accélérée. La Cour de cassation s'est donc engagée dans cette voie.

Inversement, par des réformes récentes, le législateur l'a parfois dispensée de motiver sa décision d'écartier un moyen de cassation. Depuis une réforme remontant à une loi du 25 juin 2001, la Cour de cassation pouvait, en formation restreinte de trois magistrats, déclarer « *non admis* » les pourvois irrecevables ou non fondés sur un moyen sérieux de cassation (article L. 131-6 du Code de l'organisation judiciaire)<sup>11</sup>. La formule était curieuse, car la Cour de

<sup>1</sup> J. Carbonnier, *Droit civil*, PUF, collection Quadrige, 2004, t. I, n° 144.

<sup>2</sup> Perdriau, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> *Ibid.*

<sup>6</sup> R. Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé (essai critique)*, Librairie nouvelle de Droit et de Jurisprudence, 1911, p. 222 ; A. Touffait et A. Tunc « Pour une motivation plus explicite des décisions de la Cour de cassation », *RTD civ.* 1974, 487 ; Cl. Witz « Libres propos d'un universitaire à l'étranger », *RTD civ.* 1992, p. 737 et suiv. ; P. Deumier « Motivation enrichie : bilan et perspectives », in : *Réflexion(s) sur la réforme de la Cour de cassation*, D. 2017, 1783 ; J.-S. Borghetti, intervention, in : *varii auctores* « Regards sur la réforme de la Cour de cassation », *RDA* n° 16, mai 2018, p. 46 et suiv., p. 90-92.

<sup>7</sup> [https://www.courdecassation.fr/institution\\_1/reforme\\_cour\\_7109/reflexion\\_reforme\\_8630/commission\\_reflexion\\_8180/motivation\\_arrets\\_7856/cour\\_cassation\\_32581.html](https://www.courdecassation.fr/institution_1/reforme_cour_7109/reflexion_reforme_8630/commission_reflexion_8180/motivation_arrets_7856/cour_cassation_32581.html)

<sup>8</sup> Conférence de presse de la Cour de cassation, 5 avril 2019, *JCP* 2019, 409 ;

[https://www.courdecassation.fr/institution\\_1/reforme\\_cour\\_7109/reformes\\_mouvement\\_8181/](https://www.courdecassation.fr/institution_1/reforme_cour_7109/reformes_mouvement_8181/).

*Cf.*, parmi nombre d'arrêts : Com. 22 mars 2016, n° 14-14218, *B. IV*, n° 50 ; D. 2016, *Chr. C. cass.* 1037, n° 1, obs. S. Tréard ; *JCP* 2016, *doctr.* 797, n° 6, obs. Y.-M. Serinet *CCC* 2016, *Comm.* 136, note L. Leveneur ; *LPA* 10 mai 2016, n° 93, p. 10, note P. Batistini ; *RTD civ.* 2016, 343, obs. H. Barbier ; *JCP E* 2016, 1251, note N. Dissaux ; *Gaz. Pal.* 10 mai 2016, p. 23, n° 2640, obs. D. Houtcieff ; *adde* : R. Libchaber, « Une motivation en trompe-l'œil : les cailloux du Petit Poucet » : *JCP* 2016, *doctr.* 632 ; *Ch. mixte* 24 février 2017, n° 15-20411, *B. mixte*, n° 1 ; D. 2017, 793, note B. Fauvarque-Cosson ; *JCP* 2017, 305, avis B. Sturlèse et 306, note G. Pignarre ; *ibid.*, 325, n° 5, obs. Y.-M. Serinet ; *CCC* 2017, *comm.* n° 93, note L. Leveneur ; *RTD civ.* 2017, 118, obs. H. Barbier ;

<sup>9</sup> L. Leveneur « Propos introductifs », *RDA* n° 16, 16 mai 2018, p. 47 et suiv. N. Molfessis « Le chameau vu pour la première fois », *JCP* 2019, 528 (très critique) ; *cf.* la réplique fielleuse du magistrat de la Cour de cassation qui a été la cheville ouvrière de la nouvelle rédaction des arrêts de la Cour de cassation : B. Pireyre « L'arbre qui cachait la forêt », *JCP* 2019, 656.

<sup>10</sup> C. Chainais « A la recherche d'un modèle pluraliste de cassation "à la française" », in : *Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation*, *op. cit.*, p. 42 et suiv. ; « Rapport de la commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation », [www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr) ; F. Ferrand « Des circuits différenciés au filtrage des pourvois », in : *Réflexion(s) sur la réforme de la Cour de cassation*, D. 2017, 1770, spéc. 1771-1772.

<sup>11</sup> M. Cottin « La Cour de cassation se dote d'une procédure d'admission des pourvois en cassation », D. 2002, *chr.* 748 ; G. Canivet

cassation ne peut normalement prononcer que l'irrecevabilité ou le rejet du pourvoi.

L'actuel article 1014 du Code de procédure civile remplace le dispositif de feu l'article L. 131-6 du Code de l'organisation judiciaire par un dispositif similaire, qu'il formule néanmoins en termes plus orthodoxes<sup>1</sup>. Selon ce texte, en effet, la formation restreinte décide « *qu'il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée lorsque le pourvoi est irrecevable ou lorsqu'il n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation* ». En d'autres termes, la Cour de cassation est dispensée, dans une telle hypothèse, de motiver spécialement sa décision d'écartier un moyen.

Pour la Cour européenne des droits de l'homme<sup>2</sup>, là encore, la dispense de motivation instaurée naguère par l'article L. 131-6 du Code de l'organisation judiciaire et aujourd'hui par l'article 1014 du Code de procédure civile, ne méconnaît pas, en elle-même, les exigences d'un procès équitable. On peut ajouter que si la Cour de cassation est dispensée, dans les hypothèses visées par le texte, de motiver sa décision, le rapport du conseiller-rapporteur, expliquant les raisons pour lesquelles le moyen de cassation doit être regardé comme irrecevable ou manifestement insusceptible d'entraîner la cassation, est, en revanche, accessible aux conseils des parties. Ainsi ces dernières sont-elles en mesure de les connaître.

### 3. Dispositif du jugement

C'est la partie la plus importante du jugement, puisqu'elle énonce la solution du litige, délimitant par là l'étendue de l'autorité de la chose jugée<sup>3</sup>. En outre, le dispositif règle le sort des dépens, ainsi, le cas échéant, que des frais non compris dans les dépens.

#### a. Les dépens

On étudiera la notion de dépens, puis leur charge.

##### α) Notion de dépens

Il s'agit de frais répétables, c'est-à-dire de frais récupérables sur le procès à l'encontre de l'adversaire. Ce sont, plus précisément, les frais juridiquement indispensables à la poursuite d'un procès et dont le montant fait l'objet d'une tarification, soit par voie réglementaire – émoluments des huissiers, etc... –, soit par décision judiciaire – honoraires des techniciens chargés d'une mesure d'instruction, comme une expertise<sup>4</sup>.

L'article 695 en dresse une liste limitative<sup>5</sup> :

- les droits perçus par les secrétariats des juridictions ou l'Administration des impôts ;
- les frais de traduction des actes lorsque celle-ci est rendue nécessaire par la loi ou par un engagement international ;
- la rémunération des techniciens ;
- les débours tarifés (les dépenses avancés par un auxiliaire de justice à un autre) ;
- les émoluments des officiers publics et ministériels ;
- la rémunération des avocats dans la mesure où elle est réglementée, y compris les droits de plaidoirie – disposition obsolète depuis l'entrée en vigueur de la loi Macron du 6 août 2015<sup>6</sup> ;

---

« La procédure d'admission des pourvois en cassation », *D.* 2002, *Le point sur...*, 2195. A. Perdriau « La non-admission des pourvois », *J.C.P.* 2002, I, 181 ; V. Vigneau « Le régime de la non-admission des pourvois devant la Cour de cassation », *D.* 2010, *chr.* 102 ; D. Tricot « Le fabuleux destin d'une décision de non-admission ou les périls de l'interprétation », *in* : *Mélanges en l'honneur de Jacques Boré*, Dalloz, 2006, 459 ; L. Poulet « Pratique des décisions de non-admission – Point de vue d'un avocat à la Cour de cassation », *Gaz. Pal.* 7-8 février 2014, p. 9 ; J.-M. Sommer et B. Munoz-Perez « Dix ans de non-admission devant les chambres civiles de la Cour de cassation », [www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr) ; S. Amrani-Mekki « L'accès aux cours suprêmes – rapport français », [colloquium2014.uw.edu.pl/wp-content/uploads/sites/21/2014/06/AMRANI\\_MEKKI\\_L%E2%80%99ACCES-AUX-COURS-SUPREMES-final.pdf](http://colloquium2014.uw.edu.pl/wp-content/uploads/sites/21/2014/06/AMRANI_MEKKI_L%E2%80%99ACCES-AUX-COURS-SUPREMES-final.pdf)

<sup>1</sup> E. Baraduc et J. Boré « La simplification de la procédure devant la Cour de cassation – A propos du décret n° 2014-1338 du 6 novembre 2014 », *JCP* 2014, 1242.

<sup>2</sup> CEDH 15 juin 2004, *Stepinska c/ France*, *JCP* 2004, I, 161, n° 6, obs. F. Sudre : si l'art. 6 § 1 oblige les tribunaux à motiver leurs décisions, il n'exige pas que soit motivée en détail la décision de la juridiction de recours qui, se fondant sur une disposition légale spécifique, écarte un recours comme dépourvu de chances de succès. *Cf.* ég. CEDH 28 janv. 2003, *Burg c/ France*, n° 34763/02.

<sup>3</sup> *Cf. infra* : chap. IV « Effets du jugement », sect. 2 « L'autorité de la chose jugée », § 2 « Domaine de l'autorité de la chose jugée », B. « Énonciations revêtues de l'autorité de la chose jugée » et § 3 « Étendue de l'autorité de la chose jugée ».

<sup>4</sup> Cadiet et Jeuland, *Droit judiciaire privé*, n° 47 ; Héron et Le Bars, *Droit judiciaire privé*, n° 554.

<sup>5</sup> Civ. 2, 17 juin 1999, *B.* II, n° 120.

<sup>6</sup> *Cf. infra*.

Ex. procédure diligentée devant un tribunal d'instance par un bailleur, à la suite du défaut de paiement de ses loyers le locataire (bail à usage d'habitation).

Le bailleur va devoir assigner le locataire devant le tribunal, en paiement des loyers en souffrance et en résiliation du bail (« faire casser le bail ») pour l'avenir, ainsi qu'en expulsion du locataire et de tous occupants de son chef.

Pour signifier, notifier l'assignation, puis le jugement rendu s'il est favorable, l'huissier va exiger des émoluments, qu'il faudra lui régler.

Ex. vente d'un véhicule d'occasion atteint d'un vice caché, par ex. moteur défectueux. L'acheteur veut obtenir la résolution de la vente, c'est-à-dire son anéantissement avec restitutions réciproques du prix et du véhicule.

Pour prouver que la défectuosité existe et qu'elle ne lui est pas imputable et que, partant, sa prétention est justifiée, l'acheteur va sans doute être obligé de demander au juge d'ordonner une expertise, et lorsque le rapport d'expertise aura été déposé, le juge fixera les honoraires dus à l'expert. Ces frais d'expertise font partie des dépens. L'expertise a lieu « aux frais avancés » de celui qui la sollicite, c'est-à-dire que, dans sa décision qui ordonne une expertise, le juge fixe une « provision » que la partie demanderesse à l'expertise devra consigner préalablement à l'expertise.

### β) Charge des dépens

L'article 696, alinéa 1er, du Code de procédure civile pose un principe, soumis à des exceptions : la partie perdante est condamnée aux dépens, à moins que le juge, par une décision motivée, n'en mette la totalité ou une fraction à la charge d'une autre partie. Ainsi, normalement, la partie qui succombe supporte-t-elle non seulement ses propres dépens qu'elle a dû exposer, mais encore ceux que son adversaire a dû exposer et qu'elle devra lui rembourser.

Ex. résolution de la vente d'un véhicule automobile d'occasion pour vice caché. Le vendeur, qui succombe à l'action en résolution, devra rembourser à l'acquéreur les frais d'assignation, de signification du jugement, d'expertise...

Le plus souvent, l'avocat de la partie qui a gagné la procédure et qui a fait l'avance de certains dépens, aura sollicité dans ses écritures la « distraktion des dépens », c'est-à-dire que le montant des avances qu'il aura effectuées pour son client lui soit directement remboursé par la partie condamnée. Cette possibilité lui est en effet ouverte par l'article 699 du Code de procédure civile. Il a ainsi la garantie de rentrer dans ses frais, sans devoir attendre que le perdant s'acquitte de ceux-ci entre les mains de son client, pour que ce dernier le paie à son tour. L'article 699 du Code de procédure civile reconnaît donc à l'avocat une action directe, lui permettant de poursuivre, en son propre nom et pour son propre compte, le débiteur de son débiteur<sup>1</sup>. Cette action sanctionne un droit direct de créance à l'encontre de la partie condamnée<sup>2</sup>.

Cette disposition était surtout utile à l'époque où la rémunération de la postulation consistait en des émoluments tarifés. Comme elle était, de ce fait, incluse dans les dépens, l'avocat pouvait en effet poursuivre le recouvrement directement contre la partie condamnée. Aujourd'hui que la rémunération de la postulation consiste en des honoraires librement fixés<sup>3</sup>, elle n'est plus comprise dans les dépens et ne peut plus figurer dans l'état de frais, que l'avocat adresse à l'adversaire. L'article 699 a donc perdu de son intérêt.

Toutefois le juge peut décider que la partie qui triomphe supportera le coût d'une partie des dépens, par exemple il peut laisser à chacune des parties la charge de ses propres dépens, ce qui signifie que la partie qui a gagné le procès n'obtiendra pas, de son adversaire, le remboursement des dépens qu'elle a dû payer.

### b. Les frais non compris dans les dépens

On les appelle aussi frais irrépétibles.

#### α) Notion de frais non compris dans les dépens

Ce sont principalement les honoraires d'avocat. On peut citer aussi les honoraires de consultation d'un juriste.

Remarque : l'avocat a un double rôle, il représente son client, d'une part, et il l'assiste, d'autre part, c'est-à-dire qu'il le conseille et plaide pour son compte. Dans sa mission de représentation de son client, il est amené à accomplir des

<sup>1</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *Les obligations*, n° 1607-1608.

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> *Cf. infra.*

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Panthéon-Assas  
Licence droit 3ème année Melun 2023-2024

actes de procédure, pour lesquels il perçoit une rémunération. Celle-ci était naguère tarifée, à l'acte<sup>1</sup> et, partant, comprise dans les dépens ; mais depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015, dite « loi Macron », elle consiste en des honoraires de postulation, librement fixés d'un commun accord entre l'avocat et son client<sup>2</sup>. Dans sa mission d'assistance et de conseil, il perçoit des honoraires, dont la fixation est également libre<sup>3</sup>.

Que les honoraires de l'avocat soient fixés librement, ne signifie néanmoins pas qu'ils le soient arbitrairement.

Tout d'abord, l'article 10, alinéa 2, de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 organisant la profession d'avocat, en sa rédaction issue de la loi Macron, prévoit qu'ils doivent, en principe, obligatoirement faire l'objet d'une convention d'honoraires préalable, conclue entre l'avocat et son client :

*« Sauf en cas d'urgence ou de force majeure ou lorsqu'il intervient au titre de l'aide juridictionnelle totale ou de la troisième partie de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique, l'avocat conclut par écrit avec son client une convention d'honoraires, qui précise, notamment, le montant ou le mode de détermination des honoraires couvrant les diligences prévisibles, ainsi que les divers frais et débours envisagés. »*

Ensuite, l'article 10, alinéa 3, de la loi du 31 décembre 1971 énonce les facteurs à prendre en compte dans la détermination de la rémunération de l'avocat et interdit le pacte *de quota litis*, c'est-à-dire la stipulation d'un honoraire exclusivement de résultat<sup>4</sup> :

*« Les honoraires tiennent compte, selon les usages, de la situation de fortune du client, de la difficulté de l'affaire, des frais exposés par l'avocat, de sa notoriété et des diligences de celui-ci. Toute fixation d'honoraires qui ne le serait qu'en fonction du résultat judiciaire est interdite. Est licite la convention qui, outre la rémunération des prestations effectuées, prévoit la fixation d'un honoraire complémentaire en fonction du résultat obtenu ou du service rendu. »*

En cas de contestation, les juges du fond fixent souverainement le montant des honoraires dus<sup>5</sup>, en se référant aux éléments de fixation de l'article 10, alinéa 3, précité, de la loi du 31 décembre 1971<sup>6</sup>. Ils peuvent même réduire des honoraires forfaitairement convenus à l'avance<sup>7</sup>, dès lors qu'ils apparaissent exagérés au regard du service rendu<sup>8</sup>.

## β) Charge des frais non compris dans les dépens

L'indemnisation de ces frais n'est donc pas automatique. Mais le juge peut décider de condamner la partie tenue aux dépens – très généralement la partie perdante – à payer à son adversaire une somme au titre des frais exposés et non compris dans les dépens (article 700 du Code de procédure civile). En pratique, il le fait très souvent, même s'il n'y est nullement obligé. Le juge arbitre souverainement le montant de cette indemnité, en tenant compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée. Il peut toutefois, même d'office, pour des raisons tirées de ces mêmes considérations, dire qu'il n'y a pas lieu à indemnité.

Une fois le jugement rédigé, il ne reste plus qu'à le prononcer.

## § 2 Prononcé du jugement

Un jugement n'existe véritablement en tant que tel qu'à compter de son prononcé. Ce prononcé consiste tout simplement dans la lecture à haute voix de la décision ou uniquement du dispositif (article 452 du Code de procédure civile). Au lieu d'être prononcé par lecture publique, le jugement peut néanmoins l'être par mise à disposition au greffe (article 450 du Code de procédure civile). En pratique, c'est fréquemment le cas.

<sup>1</sup> Article 10, alinéa 1er, de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 organisant la profession d'avocat, dans sa version antérieure à la loi du 6 août 2015 : « La tarification de la postulation et des actes de procédure est régie par les dispositions sur la procédure civile. Les honoraires de consultation, d'assistance, de conseil, de rédaction d'actes juridiques sous seing privé et de plaidoirie sont fixés en accord avec le client. »

<sup>2</sup> Article 10, alinéa 1er, modifié, de la loi du 31 décembre 1971 : « Les honoraires de postulation, de consultation, d'assistance, de conseil, de rédaction d'actes juridiques sous seing privé et de plaidoirie sont fixés en accord avec le client. »

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> Civ. 2, 21 janvier 2010, n° 06-18697, B. II, n° 12 ; Civ. 2, 10 juin 2010, n° 09-11627. En effet, l'avocat n'est pas l'associé de son client. Son indépendance vis-à-vis de son client exige que sa rémunération comprenne une base objective minimale.

<sup>5</sup> Civ. 1, 3 juillet 1990, B. I, n° 87 ; Civ. 1, 21 janvier 1997, B. I, n° 30.

<sup>6</sup> Civ. 1, 16 juillet 1991, B. I, n° 244.

<sup>7</sup> Civ. 1, 3 mars 1998, B. I, n° 85 ; J.C.P. 1998, I, 159, n° 29, obs. critiques R. Martin et II, 10116, note J. Sainte-Rose ; RTD civ. 1998, 404, obs. P.-Y. Gautier ; Civ. 2, 19 février 2009, n° 07-21518.

<sup>8</sup> Civ. 2, 13 mars 2003, n° 01-15933, B. II, n° 59 ; Civ. 2, 4 juillet 2007, n° 06-14633, B. II, n° 185.

Lorsque les décisions sont contentieuses, elles sont prononcées publiquement ; en revanche, les décisions gracieuses sont prononcées en chambre du conseil (article 451 du Code de procédure civile)<sup>1</sup>. L'article 452 permet, pour des raisons de facilité et de rapidité, qu'un seul juge prononce le jugement sans la présence de tous les autres. Quant à la présence des parties elles-mêmes, dès lors que le président a indiqué la date du prononcé, il n'a pas à convoquer les parties. En effet, leur présence n'est pas nécessaire : l'essentiel est de les avoir informées (article 450 précité).

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

L'inobservation de certaines prescriptions légales peut entraîner la nullité du jugement. Il convient de préciser le domaine de cette nullité et son régime.

### § 1 Domaine de la nullité des jugements

L'article 458, alinéa 1er, énonce les prescriptions devant être observées à peine de nullité. Elles concernent aussi bien :

- le délibéré et par exemple, la règle de l'identité des juges, selon laquelle les mêmes magistrats doivent avoir assisté aux débats et délibéré de la cause (article 447 du Code de procédure civile)<sup>2</sup>,
- que la rédaction en la forme du jugement et plus spécifiquement la mention du nom des juges ayant délibéré, l'exposé des prétentions respectives des parties et leurs moyens, la motivation (renvoi à l'article 455, alinéa 1er)<sup>3</sup>
- ou le prononcé du jugement et plus particulièrement son caractère public ou non.

Certaines juridictions du fond n'ont cependant parfois pas hésité à étendre cette liste des cas de nullité, en se fondant sur la notion de formalité substantielle violée. En pratique, la liste de l'article 458 ne serait donc pas limitative. Mais il n'y a pas d'arrêt de la Cour de cassation l'affirmant clairement à ce jour.

### § 2 Régime de la nullité des jugements

On envisagera successivement les conditions de la nullité des jugements, puis sa mise en œuvre.

#### A. Conditions de la nullité

Le Code de procédure civile encadre strictement le prononcé de la nullité d'un jugement et la jurisprudence s'efforce de l'éviter autant que faire ce peut, en raison de la gravité des conséquences qui s'y attachent. Toutefois l'existence d'un grief n'est pas requise.

##### 1. Moment auquel la nullité peut être invoquée

L'article 458, alinéa 2, impose de soulever la nullité touchant aux règles de prononcé du jugement ou à l'identité des juges (articles 451 et 452) au moment même du prononcé du jugement par simple observation dont il est fait mention sur le registre d'audience. A défaut, le juge lui-même ne pourra relever cette nullité d'office. Dans tous les autres cas, la nullité doit être soulevée après que la décision a été prononcée.

##### 2. Présomptions de régularité de la décision

A partir de certaines indications du jugement, la jurisprudence présume que la prescription légale qui a été omise a néanmoins été observée. Par exemple, si le jugement ne mentionne que le nom des juges ayant participé à son prononcé, ceux-ci sont présumés avoir assisté aux débats et avoir délibéré. Inversement, si le jugement mentionne le nom des magistrats ayant assisté aux débats et ayant délibéré, il est présumé que ces magistrats ont prononcé le jugement. La jurisprudence présume de même qu'une signature illisible est celle – obligatoire – du président. Enfin, de nombreux arrêts ont jugé que la preuve de la communication d'une affaire au ministère public, lorsque celle-ci était requise, pouvait

<sup>1</sup> Cf. *supra*.

<sup>2</sup> Civ. 3, 27 janvier 2009, n° 08-12897.

<sup>3</sup> Cf. Civ. 2, 10 avril 2014, n° 12-35105.

résulter de la simple mention que le ministère public avait été entendu ou même de la présence d'un représentant du ministère public à l'audience.

### 3. Preuve de la régularité par mentions extrinsèques

Conformément à l'article 459 du Code de procédure civile, la nullité ne sera pas prononcée s'il est possible de faire la preuve de la régularité de certaines mentions omises en recourant à des éléments extrinsèques au jugement, par exemple, en s'aidant des pièces de la procédure ou du registre d'audience. De nombreux arrêts ont fait application de cette disposition.

## B. Mise en œuvre de la nullité

Pour invoquer la nullité d'un jugement, le plaideur doit former la voie de recours recevable contre ce jugement. En effet, « *La nullité d'un jugement ne peut être demandée que par les voies de recours prévues par la loi* » (article 460 du Code de procédure civile). Ce texte reprend l'adage classique « *Voies de nullité n'ont lieu contre les jugements* ». Le plaideur ne saurait ainsi agir, à titre principal, en nullité d'un jugement en dehors des voies de recours prévues par la loi.

Si le jugement est annulé, les parties sont replacées dans l'état antérieur à son prononcé.

## Chap. III : Notification et publicité du jugement

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

### Section 1 : Notification du jugement<sup>1</sup>

Pour pouvoir faire exécuter un jugement, il faut qu'il ait été notifié. Les délais et les modalités de la notification du jugement seront successivement indiqués.

#### § 1 Délais de notification du jugement

Cette notification doit intervenir dans un délai de droit commun de cinq ans pour les jugements contradictoires (article 2224 du Code civil) et dans un délai réduit à six mois pour les jugements rendus par défaut ou réputés contradictoires au seul motif qu'ils sont susceptibles d'appel (article 478, alinéa 1er, du Code de procédure civile).

#### § 2 Modalités de la notification du jugement

Ces modalités se rapportent aux formes de la notification, à ses destinataires et à son contenu.

##### A. Formes de la notification du jugement

L'article 675 du Code de procédure civile pose que cette notification se fait par la voie de la signification, sauf exceptions :

- dans les cas où la loi en dispose autrement
- et pour les décisions gracieuses, notifiées par le secrétaire de la juridiction, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

##### B. Destinataires de la notification du jugement

L'article 677 du Code de procédure civile pose une règle de bon sens, relative aux destinataires de cette

<sup>1</sup> Y. Lobin « La notification des jugements et ses sanctions », in : *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz – Sirey, 1985, 381 et suiv. ; P.-L. Boyer « *Paria sunt non esse et non significari*. Réflexions procédurales sur la nature et le devenir de la signification des décisions de justice », *RRJ* 2020-1, p. 183 et suiv.



notification : ce sont les « *parties elles-mêmes* », plus précisément chaque partie impliquée dans le procès.

Mais l'article 678 ajoute une précision importante : lorsque la représentation est obligatoire, la notification du jugement doit être préalablement faite aux représentants des parties dans une forme simplifiée, par acte du palais, ne serait-ce que pour qu'ils puissent prévenir leur client du résultat de leur affaire et qu'ils puissent sur le vif les informer sur l'exercice éventuel d'un recours<sup>1</sup>. Mention de l'accomplissement de la formalité doit être portée dans l'acte de notification à partie, ce qui permet de vérifier qu'elle a été accomplie<sup>2</sup>.

La sanction du défaut d'accomplissement de la formalité – ou de son accomplissement irrégulier – est la nullité de la signification à partie, toujours aux termes de l'article 678. Selon la Cour de cassation, toutefois, la violation des prescriptions de l'article 678 ne constitue qu'un vice de forme, n'entraînant dès lors la nullité de la signification à partie que sur justification d'un grief par le destinataire de l'acte<sup>3</sup>.

Enfin, l'article 679 prévoit que les décisions gracieuses doivent aussi être notifiées aux tiers dont elles risquent d'affecter les intérêts ainsi qu'au ministère public lorsqu'un recours lui est ouvert.

### C. Contenu de la notification du jugement

La question concerne essentiellement la notification à partie. On traitera successivement des mentions exigées dans l'acte de notification, puis de la sanction de leur absence ou de leur inexactitude.

#### 1. Mentions obligatoires dans l'acte de notification à partie

Elles sont précisées par l'article 680 du Code de procédure civile. Le texte focalise surtout l'attention des destinataires sur le délai d'exercice d'un recours et les modalités d'exercice des voies de recours ouvertes. Les uns et les autres doivent en effet, selon le texte, être mentionnés « *de manière très apparente* ». Selon la Cour de cassation, non seulement le délai, mais encore son point de départ doivent être indiqués dans l'acte de notification, pour que les exigences du texte soient satisfaites<sup>4</sup>. Quant aux modalités d'exercice du recours, elles comprennent notamment le lieu où le recours doit être exercé<sup>5</sup>, la constitution d'avocat<sup>6</sup>... En outre, selon l'article 680, l'acte de notification indique que l'auteur d'un recours abusif ou dilatoire peut être condamné à une amende civile et au paiement d'une indemnité à l'autre partie.

#### 2. Sanction d'une absence ou d'une inexactitude des mentions<sup>7</sup>

L'absence des mentions prescrites à l'article 680 du Code de procédure civile entraîne, en application de l'article 693 du même code, la nullité de l'acte de notification. Cette nullité reposant sur une irrégularité de forme, n'est susceptible d'être prononcée qu'à charge, pour la partie destinataire de l'acte, de prouver le grief que l'irrégularité lui a causé, conformément aux dispositions de l'article 114 du Code de procédure civile<sup>8</sup>. Si l'acte de notification est déclaré nul, la notification est réputée n'être jamais intervenue. Dès lors, les délais pour exercer les voies de recours n'auront pu logiquement commencer à

<sup>1</sup> Selon la Cour de cassation, peu importe l'importance du délai qui a séparé la notification à avocat de celle à partie, pourvu que la première l'ait précédée, aurait-elle été même effectuée le même jour (Civ. 2, 18 janvier 2007, n° 05-11947, B. II, n° 11 ; Civ. 1, 28 mai 2008, n° 06-17313, B. I, n° 152).

<sup>2</sup> Cette mention est particulièrement importante lorsque les notifications à avocat et à partie interviennent le même jour, car les dates étant identiques, l'indication que la notification à avocat a été effectuée, dans l'acte de signification à partie, fait présumer le respect de la formalité de l'article 678 (Civ. 2, 4 juillet 1984, n° 83-12362, B. II, n° 129) et d'éviter ainsi la sanction attachée à son défaut d'accomplissement.

<sup>3</sup> Signification irrégulière à l'avocat : Civ. 2, 12 avril 2012, n° 11-12017, B. II, n° 74 ; absence de signification à l'avocat : Civ. 2, 22 septembre 2016, n° 15-22386, B. II, n° 210 ; Civ. 2, 29 septembre 2022, n° 21-13625 (B) ; *Gaz. Pal.* 31 janvier 2023, p. 65, obs. C. Bléry. Antérieurement la Cour de cassation avait jugé que la preuve d'un grief n'était pas nécessaire pour obtenir l'annulation de la signification en cas de défaut d'accomplissement de la formalité, car l'acte ayant été omis au lieu d'être simplement entaché d'un vice de forme, l'article 114 du Code de procédure civile aurait été inapplicable (Civ. 3, 6 décembre 1978, n° 77-12650, B. III, n° 365 ; *Gaz. Pal.* 1979, 217, note R. D. ; *RTD civ.* 1979, 835, obs. R. Perrot ; Civ. 2, 15 février 1995, n° 93-15459, B. II, n° 52 ; *JCP* 1995, II, 22506, note E. du Rusquec). Mais les arrêts du 22 septembre 2016 et du 29 septembre 2022 ont condamné la distinction entre absence de signification au représentant et signification irrégulière, pour appliquer dans tous les cas le régime des nullités de forme et, partant, la règle « *pas de nullité sans grief* ». La sécurité juridique n'avait, de fait, rien à gagner à cette distinction byzantine.

<sup>4</sup> Civ. 2, 4 février 1987, n° 85-17740, B. II, n° 36.

<sup>5</sup> Civ. 2, 10 septembre 2009, n° 07-13015, B. II, n° 210 ; Soc. 29 mai 2013, n° 12-13357, B. V, n° 140.

<sup>6</sup> Civ. 2, 9 avril 2015, n° 14-18772, B. II, n° 91.

<sup>7</sup> S. Jobert « La clarification du régime des significations irrégulières », *D.* 2021, 1249.

<sup>8</sup> Civ. 2, 7 mars 1979, B. II, n° 66 ; *RTD civ.* 1979, 836, obs. R. Perrot ; Civ. 2, 1er avril 1981, B. II, n° 83 ; *Gaz. Pal.* 1982, 1, note J. Viatte.

courir<sup>1</sup>.

Quelquefois cependant, les mentions exigées par l'article 680 sont présentes dans l'acte de notification, mais ce dernier ou le jugement lui-même comporte des indications erronées quant à l'existence, aux modalités ou aux délais d'exercice des recours.

- Tout d'abord, il arrive que l'acte de notification comporte des indications inexactes, par exemple un délai erroné pour exercer la voie de recours. Là encore, selon la Cour de cassation, le délai pour exercer la voie de recours n'aura pu courir<sup>2</sup>, car une mention erronée équivaut à l'absence de mention<sup>3</sup>.
- Ensuite, il se peut que le jugement lui-même comporte une mention erronée sur sa qualification, par exemple, lorsque le tribunal énonce statuer « en premier (et dernier) ressort », alors que son jugement est, en réalité, susceptible d'appel. Or, selon l'article 536, alinéa 1er, du Code de procédure civile, « *La qualification inexacte d'un jugement par les juges qui l'ont rendu est sans effet sur le droit d'exercer un recours* »<sup>4</sup>. En outre, la Cour de cassation considère que, dans cette hypothèse d'une erreur de qualification, le délai pour exercer la voie de recours n'a pas non plus pu commencer à courir, à moins que l'acte de notification du jugement ait indiqué la voie de recours qui était effectivement ouverte. Dans ce dernier cas, en effet, la partie destinataire de la notification a été suffisamment informée pour pouvoir former son recours en temps utile<sup>5</sup>.

## Section 2 : Publicité du jugement

La question de la publicité concerne la délivrance de copies de jugements par le greffier. Elle se pose pour les parties à l'instance, mais aussi pour les tiers.

### § 1 Publicité du jugement à l'égard des parties

Bien entendu les parties doivent pouvoir obtenir à titre gratuit un certain nombre de copies telle qu'une copie certifiée conforme et surtout une copie certifiée conforme revêtue de la formule exécutoire, destinée à faire exécuter le jugement.

### § 2 Publicité du jugement à l'égard des tiers

Mais tout intéressé peut également demander copie de tout jugement rendu publiquement, sans avoir de motif à fournir (article 11-3 de la loi du 5 juillet 1972). Cette publicité est faite pour assurer la transparence de l'œuvre de justice. Dès lors, en cas de refus ou de silence du greffier, les tiers peuvent saisir le président de la juridiction concernée d'une requête afin d'obtenir la délivrance de la copie.

## Chap. IV : Effets du jugement

Le jugement produit, en droit judiciaire privé, trois effets :

- le dessaisissement du juge
- l'autorité de la chose jugée
- la force exécutoire

<sup>1</sup> Civ. 2, 12 février 2004, n° 02-13332, B. II, n° 57 ; D. 2004, *somm.* 1203, obs. P. Julien ; Civ. 2, 30 janvier 2008, n° 07-10999, B. III, n° 20 ; D. 2008, *Chr. C. cass.* 1227, obs. F. Nési ; JCP 2009, 83, n° 21, obs. M. Huyghe ; Civ. 2, 14 novembre 2013, n° 12-25454, B. II, n° 220, arrêt rendu sur le fondement de l'article 680 du Code de procédure civile de Nouvelle-Calédonie, au libellé identique à celui de l'article 680 du Code de procédure civile.

<sup>2</sup> Civ. 2, 24 octobre 1979, B. II, n° 244 ; Civ. 2, 1er avril 1981, *préc.* ; Civ. 2, 28 janvier 2016, n° 15-11391, B. II, n° 13

<sup>3</sup> Civ. 2, 3 mai 2001, n° 99-18326, B. II, n° 85 ; Civ. 2, 12 février 2004 et Civ. 2, 14 novembre 2013, *préc.* : « *l'absence de mention ou la mention erronée dans l'acte de notification d'un jugement de la voie de recours ouverte, de son délai ou de ses modalités a pour effet de ne pas faire courir le délai de recours* » ; Civ. 2, 28 janvier 2016, *préc.* ; Ass. plén. 8 avril 2016, n° 14-18821, B. ass. plén., n° 1 : application à l'hypothèse de l'ancien contredit de compétence, malgré le fait que le délai du contredit partait du jour où la décision sur la compétence avait été rendue, selon l'article 82 du Code de procédure civile en sa rédaction antérieure au décret du 6 mai 2017.

<sup>4</sup> Cf. par ex. Civ. 1, 22 septembre 2016, n° 15-14769.

<sup>5</sup> Civ. 2, 3 juin 1999, B. II, n° 108 ; *Procédures* 1999, n° 226 et *RTD civ.* 1999, 702, obs. R. Perrot ; *Gaz. Pal.* 19-21 déc. 1999, 18, note A. Perdriau ; Civ. 2, 16 mai 2002, B. II, n° 100 ; D. 2002, *somm.* 2002, obs. P. Julien ; Civ. 2, 3 mars 2022, n° 20-17419 (B) ; *Gaz. Pal.* 3 mai 2022, p. 16, note A. Yatera.

## Section 1 : Dessaisissement du juge

On traitera successivement du principe du dessaisissement et des dérogations qu'il connaît.

### § 1 Principe du dessaisissement

Il convient d'examiner la signification et la portée du principe, puis ses difficultés d'application.

#### A. Signification et portée du principe

Le principe énoncé à l'article 481, alinéa 1er, du nouveau code de procédure civile est clair : « *Le jugement, dès son prononcé, dessaisit le juge de la contestation qu'il tranche.* » Le juge épuise donc ses pouvoirs, au moins provisoirement, avec le prononcé du jugement. Il ne pourra donc plus revenir sur sa décision, même avec le consentement des parties.

Ex. débiteur poursuivi en paiement d'une dette et ayant oublié, au cas où il serait condamné, de solliciter un délai de grâce. Il ne pourra plus obtenir ce délai devant le juge qui l'a condamné à payer.

#### B. Difficultés d'application du principe : jugements « quant à présent et en l'état »<sup>1</sup>

Ce principe devrait normalement conduire à la prohibition des jugements « quant à présent et en l'état ». Ces jugements correspondent à l'hypothèse suivante : un tribunal déboute le demandeur d'une prétention qui, en l'état du dossier, n'est pas fondée sur des justifications suffisantes, en se réservant d'y revenir plus tard, afin d'éviter au plaideur de se voir opposer ultérieurement l'autorité de la chose jugée. Le tribunal se borne donc à débouter le demandeur « quant à présent et en l'état ». La Cour de cassation considère habituellement la mention « en l'état » comme sans portée, lorsqu'elle se trouve insérée dans une décision se prononçant sur le fond<sup>2</sup>.

### § 2 Dérogations au principe du dessaisissement

Certaines décisions ne dessaisissent pas le juge qui les a rendues. En outre, quelle que soit la décision qu'il a rendue, le juge peut, dans certaines circonstances, la rétracter, l'interpréter, la rectifier ou encore remédier à une omission de statuer.

#### A. Décisions ne dessaisissant pas le juge

Certains jugements ne dessaisissent pas le juge. Leur liste est cependant incertaine : on évoquera les jugements avant-dire droit, les ordonnances sur requête et les ordonnances de référé, les jugements gracieux.

##### 1. Jugements avant dire droit

L'article 483 du Code de procédure civile énonce, sans la équivoque possible, que « *Le jugement avant dire droit ne dessaisit pas le juge.* »

S'agissant des ordonnances de référé relatives aux mesures d'instruction *in futurum*, la question est néanmoins controversée. Le caractère provisoire de la décision devrait normalement faire obstacle au dessaisissement du juge, qui devrait pouvoir rapporter sa décision ou la modifier si nécessaire<sup>3</sup>. Mais la

<sup>1</sup> G. Bolard « Les jugements "en l'état" », *JCP* 1997, I, 4003.

<sup>2</sup> Civ. 3, 22 mai 1991, *B.* III, n° 150 ; *RTD civ.* 1992, p. 186, n° 7, obs. R. Perrot ; R. Civ. 2, 10 décembre 1998, *B.* II, n° 295 ; *D.* 1999, *som.* 215, obs. P. Julien ; *JCP* 1999, II, 10073, note E. du Rusquec ; Com. 27 novembre 2001, n° 98-13964 ; Civ. 1, 20 février 2007, *B.* I, n° 66 ; *JCP* 2007, I, n° 22, obs. L. Cadet ; Civ. 2, 20 décembre 2007, n° 06-20961, *Procédures* 2008, n° 69, obs. R. Perrot : la mention « en l'état » est sans portée dans une décision se prononçant sur le fond ; comp. Civ. 2, 3 juillet 2008, n° 07-16398, *B.* II, n° 161 ; *D.* 2009, 848, note F. Perret-Richard, prenant en considération cette mention au regard de l'article 480 du Code de procédure civile.

<sup>3</sup> *Ibid.*

Cour de cassation considère qu'en ordonnant une mesure d'instruction sur le fondement de l'article 145, le juge des référés a épuisé sa saisine, si bien que seul le juge du fond pourrait se prononcer à nouveau sur la mesure<sup>1</sup>. La solution, on le sait, est critiquée en doctrine, au motif qu'elle est *contra legem*<sup>2</sup>, étant donné les termes parfaitement clairs de l'article 483 précité.

## 2. Ordonnance sur requête et ordonnance de référé

D'une manière générale, l'absence de dessaisissement du juge ayant rendu une ordonnance sur requête et surtout du juge ayant rendu une ordonnance de référé est discutée.

Certes, le juge a la faculté de modifier ou de rétracter son ordonnance sur requête (article 497 du Code de procédure civile)<sup>3</sup>. Il en va de même des ordonnances de référé : *a contrario*, l'article 488, alinéa 2, du Code de procédure civile reconnaît le pouvoir au juge de référé de modifier ou de rapporter son ordonnance en cas de circonstances nouvelles<sup>4</sup>.

Mais on a pu soutenir qu'une fois qu'il s'est prononcé, le juge des référés, tout au moins, est bien dessaisi de l'affaire telle qu'elle lui avait été soumise<sup>5</sup>. Il ne peut en effet rétracter son ordonnance qu'en cas de circonstances nouvelles, selon l'article 488, alinéa 2 précité. Aussi bien son ordonnance est-elle susceptible d'appel, ce qui ne se concevrait pas s'il n'était dessaisi.

## 3. Décisions gracieuses

Selon une opinion traditionnelle, les décisions gracieuses ne dessaisissent pas non plus le juge<sup>6</sup>. Cependant cette opinion est critiquée par ceux-là même qui soutiennent que ces décisions ont, en droit positif actuel, autorité de la chose jugée<sup>7</sup>. Les questions du dessaisissement du juge et de l'autorité de la chose jugée sont en effet presque toujours liées<sup>8</sup>.

## B. Rétractation, interprétation, rectification du jugement, omission de statuer

Par ailleurs, les alinéas 2 et 3 de l'article 481 du Code de procédure civile prévoient que le juge peut à nouveau intervenir en certaines circonstances :

*« Toutefois, le juge a le pouvoir de rétracter sa décision en cas d'opposition, de tierce opposition ou de recours en révision. Il peut également l'interpréter ou la rectifier sous les distinctions établies aux articles 461 à 464. »*

Ainsi :

- d'une part, le juge a le pouvoir de rétracter sa décision en cas d'opposition, de tierce opposition ou de recours en révision. On peut douter qu'il s'agisse d'ailleurs d'une véritable dérogation au principe du dessaisissement, dans la mesure où ce principe se borne à interdire au juge de revenir sur sa décision en dehors de toute instance nouvelle.
- D'autre part, le juge peut interpréter sa décision, en précisant le sens ou la portée de certains chefs obscurs ou ambigus (article 461 du Code de procédure civile). Mais, bien entendu, le juge ne saurait, sous couvert d'interprétation d'une précédente décision, modifier les droits et obligations reconnus aux parties par cette décision<sup>9</sup> : modifier n'est pas interpréter. En modifiant sa précédente décision, le juge

<sup>1</sup> Civ. 2, 15 juin 1994, *B. II*, n° 162 ; *RTD civ.* 1995, 429, obs. J. Normand ; Civ. 2, 24 juin 1998, *B. II*, n° 224 ; Civ. 2, 11 janvier 2006, n° 05-10846 ; Civ. 2, 6 juin 2013, n° 12-21683, *B. II*, n° 119 ; *Procédures* 2013, n° 235, note R. Perrot. *Cf. supra* : « Voies de recours contre les ordonnances de référé »

<sup>2</sup> Chainais et *alii*, *op. cit.*, n° 1972.

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> A. Varnek, *Le juge des requêtes, juge du provisoire*, thèse Strasbourg 2013, dir. Ph. Hoonakker et Y. Strickler, n° 61 ; Chainais et *alii*, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>6</sup> Cadiet et Jeuland, *op. cit.*, n° 724.

<sup>7</sup> Chainais et *alii*, *op. cit.*, n° 1849.

<sup>8</sup> On serait tenté d'objecter, il est vrai, que les ordonnances sur requête n'entraînent pas dessaisissement du juge, comme on vient de le voir. Mais l'argument prouverait trop, dans la mesure où tout le monde, loin s'en faut, n'admet pas que les ordonnances sur requête méritent toujours la qualification de décisions gracieuses. En effet, tout intéressé peut en solliciter la rétraction en référé, imprimant ainsi, au moins dans un second temps, un caractère contentieux à la procédure (Cadiet et Jeuland, *op. cit.*, n° 724 ; Chainais et *alii*, *op. cit.*, n° 1977 et suiv.).

<sup>9</sup> Civ. 1, 5 juillet 1978, *B. I*, n° 258 ; Civ. 2, 16 juillet 1980, *B. II*, n° 185 ; Civ. 2, 22 octobre 2020, n° 19-16895 (P) . Il en va ainsi alors même que le juge estimerait erronées les dispositions de la précédente décision : Civ. 2, 3 avril 2003, n° 01-12564, *B. II*,

porterait atteinte à l'autorité de la chose jugée attachée à celle-ci et violerait ainsi l'article 1355 du Code civil<sup>1</sup>.

- D'autre part encore, le juge peut rectifier les erreurs ou omissions matérielles affectant sa décision (article 462 du Code de procédure civile).
- Enfin, le juge peut compléter son jugement lorsqu'il a omis de statuer sur un chef demandé, à la condition de ne pas porter atteinte à l'autorité de la chose jugée quant aux autres chefs (article 463 du Code de procédure civile)<sup>2</sup>.

## Section 2 : Autorité de la chose jugée<sup>3</sup>

La principale caractéristique d'un jugement est d'être doté d'une autorité spécifique, consistant dans l'impossibilité de remettre en cause le point litigieux que le tribunal a tranché. Cette autorité de la chose jugée est affirmée par l'article 480 du Code de procédure civile, lequel l'attribue au jugement dès son prononcé, alors que, selon l'article 503 du même code, le jugement n'acquiert force exécutoire qu'à compter, au plus tôt, de sa notification<sup>4</sup>.

Une partie de la doctrine distingue volontiers une autorité positive et une autorité négative de la chose jugée<sup>5</sup>. Positivement, l'autorité de la chose jugée permet au plaideur dont le droit a été reconnu, de se prévaloir du jugement à l'encontre de son adversaire, pour en tirer les avantages qui y sont attachés. Négativement, l'autorité de la chose jugée interdit de remettre en cause ce qui a été jugé, à peine d'irrecevabilité de la prétention.

Mais c'est exclusivement l'autorité négative de la chose jugée dont les dispositions légales traitent et que la jurisprudence reconnaît de manière générale<sup>6</sup>. Aussi bien l'existence d'une autorité positive de la chose jugée n'est-elle pas unanimement admise en doctrine, sans doute à juste titre car elle semble se confondre avec l'effet substantiel du jugement, que celui-ci produit dans l'ordonnement juridique<sup>7</sup>. Or l'effet substantiel du jugement, la situation juridique qu'il crée à l'égard de tous, *erga omnes* et son autorité, relative en matière civile, limitée aux parties au procès, sont deux choses différentes. On bornera donc nos développements à l'autorité négative de l'autorité de la chose jugée, la plus classique, en examinant successivement le fondement de l'autorité de la chose jugée, son domaine, son étendue et enfin sa portée.

### § 1 Fondement de l'autorité de la chose jugée

n° 93 ; Civ. 1, 24 septembre 2008, n° 06-21198, B. I, n° 209.

<sup>1</sup> Cf. *infra* : section 2.

<sup>2</sup> Civ. 2, 28 juin 2012, n° 11-18147, B. II, n° 120.

<sup>3</sup> J. Foyer, *De l'autorité de la chose jugée en matière civile, essai d'une définition*, thèse Paris, 1954 ; D. Tomasin, *Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile*, thèse LGDJ, 1975 ; L. Cadiet et D. Loriferne (ss. la dir. de), *L'autorité de la chose jugée*, IRJS Éditions, 2012 ; H. Motulsky « Pour une délimitation plus précise de l'autorité de la chose jugée en matière civile », *D.* 1968, *Chr.* 1, reproduit in : *Écrits – Etudes et notes de procédure civile*, préf. G. Bolard, réimpr. Dalloz, 2009, 201 et suiv. ; J. Héron « Localisation de la chose jugée ou rejet de l'autorité positive de la chose jugée », in : *Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz, 1996, 131 et suiv. ; G. Wiederkehr « Sens, signifiante et signification de l'autorité de la chose jugée », in : *Justice et droits fondamentaux – Etudes offertes à Jacques Normand*, Litec 2003, 507 et suiv. ; N. Fricéro « Le fabuleux destin de l'autorité de la chose jugée », in : *Principes de justice – Mélanges en l'honneur de J.-F. Burgelin*, Dalloz, 2008, 199 et suiv. ; S. Guinchard « L'autorité de la chose qui n'a pas été jugée à l'épreuve des nouveaux principes directeurs du procès civil », in : *Mélanges en l'honneur de Georges Wiederkehr*, Dalloz, 2009, 379 et suiv. ; C. Bléry « Concentration des demandes et office du juge : une nouvelle donne au sein des principes directeurs du procès civil, du renouvellement des rôles du juge et des parties quant au droit lors d'un procès », in : *Mélanges dédiés à la mémoire du doyen Jacques Héron*, LGDJ – Lextenso, 2009, 111 et suiv. ; P. Mayer « Réflexions sur l'autorité négative de la chose jugée », in : *Mélanges dédiés à la mémoire du doyen Jacques Héron*, 131 et suiv. ; I. et C. Delicostopoulos « L'autorité de la chose jugée et les faits », in : *Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Dalloz, 2010, 681 et suiv. ; J. Buffet, J. Normand et V. Delaporte « La chose jugée », *BICC* 2004, hors série, n° 3, p. 9 ; M. Audit, Th. Le Bars et alii « Regards croisés sur l'autorité de chose jugée », *Procédures* 2007, études 11 à 22 ; O. Deshayes « L'autorité de la chose jugée », in : *Qu'est devenue la pensée d'Henri Motulsky ?*, Actes du colloque de Caen, 20 janvier 2012, *Procédures*, mars 2012, 33 et suiv. ; A. Botton « L'autorité de la chose jugée », in : *Mélanges en l'honneur de Daniel Tomasin*, Dalloz, 2022.

<sup>4</sup> Civ. 1, 25 mai 2016, n° 15-10788, B. I, n° 119. Cf. *infra* : section 3 « Force exécutoire », § 2 « Modalités d'exercice du droit à l'exécution des décisions de justice », 1. « Conditions de forme de l'exécution », b. « La notification du jugement ».

<sup>5</sup> Chainais et alii, *Procédure civile*, n° 1192, n° 1199 et suiv., n° 1223 et suiv. ; P. Mayer « Réflexions sur l'autorité négative de la chose jugée », *op. cit.*

<sup>6</sup> Chainais et alii, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>7</sup> Pour la critique de la notion d'autorité positive de la chose jugée : Cornu et Foyer, *op. cit.*, n° 139, p. 590 ; J. Héron « Localisation de la chose jugée ou rejet de l'autorité positive de la chose jugée », *op. cit.*

Différents fondements ont été attribués à l'autorité de la chose jugée, dont un seul est aujourd'hui retenu en doctrine<sup>1</sup> : présomption de vérité, contrat judiciaire, bonne administration de la justice.

#### A. Présomption de vérité

L'article 1355 du Code civil – ancien article 1351 –, classe l'autorité de la chose jugée parmi les présomptions légales. Ainsi l'autorité de la chose jugée reposerait-elle sur une présomption de vérité attachée à ce qui a été jugé. Déjà, le jurisconsulte romain Ulpien déclarait : *res judicata pro veritate accipitur*<sup>2</sup> – « la chose jugée est reçue pour vérité ». Domat<sup>3</sup> puis Pothier<sup>4</sup> en ont déduit que l'autorité de la chose jugée reposait sur une présomption légale de vérité<sup>5</sup>. Les rédacteurs du Code civil ont donc repris cette analyse.

Dans le sillage de l'opinion émise par Pothier<sup>6</sup>, l'ancien article 1352, alinéa 2, du Code civil, datant de 1804, conférait expressément un caractère irréfragable à cette présomption : « *Nulle preuve n'est admise contre la présomption de la loi, lorsque, sur le fondement de cette présomption, elle [...] dénie l'action en justice* ». Bien que l'ordonnance du 10 février 2016 n'ait pas repris ce dernier texte, la présomption légale de vérité attachée au jugement revêtu de l'autorité de la chose jugée ne souffre évidemment pas la preuve contraire. Sans cela, un litige ne pourrait jamais être réputé tranché.

Pourtant, cette présomption repose sur une fiction<sup>7</sup>. En effet, la chose jugée est « reçue » pour vérité, dit l'adage latin, ce qui signifie qu'elle peut fort bien, en réalité, s'en écarter : « Le droit y fait l'aveu de l'irréalité de son univers : la chose jugée n'est pas la vraie vérité »<sup>8</sup>. Même la Cour de cassation peut se tromper : en témoignent ses revirements de jurisprudence. Ainsi un jugement erroné en fait ou en droit n'en acquiert-il pas moins l'autorité de la chose jugée. En réalité, comme souvent avec les présomptions irréfragables, l'autorité de la chose jugée constitue une règle de fond dissimulée derrière une règle de preuve<sup>9</sup>. La chose jugée est tenue pour vrai, parce que la loi l'ordonne<sup>10</sup>.

#### B. Contrat judiciaire

En acceptant le procès, les parties auraient adhéré par avance à la décision du juge<sup>11</sup>. Cette explication est sous l'influence doctrinale dominante au dix-neuvième siècle, qui tendait à analyser toutes les situations légales comme étant le résultat d'un accord plus ou moins fictif de volontés. Elle repose sur une interprétation divinatoire de la volonté des plaideurs et doit, pour cette raison, être écartée.

#### C. Bonne administration de la justice

Aussi préfère-t-on généralement fonder l'autorité de la chose jugée sur l'intérêt d'une bonne administration de la justice. L'autorité de la chose jugée résulte du pouvoir conféré au juge par la loi elle-même, en vue de mettre un terme définitif aux litiges. Il serait contraire à une saine administration de la justice que l'on puisse indéfiniment discuter ce qui a été jugé<sup>12</sup>, que cela l'ait été de manière juste ou non. Comme l'énonce

<sup>1</sup> Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. II p. 651-652.

<sup>2</sup> *Digeste*, éd. Th. Mommsen et P. Krüger, L, 17, *De diversis regulis juris antiqui*, 207 (Ulpian). Cf. H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, 4ème éd., Litec, 1999, n° 396. On dit souvent aussi *res judicata pro veritate habetur* (par ex. V. Marcadet, *Explication théorique et pratique du Code civil*, 4ème éd., t. V, 1851, p. 367 ; Héron, Le Bars et Salhi, *op. cit.*, n° 351), ce qui signifie à peu près la même chose : « la chose jugée est tenue pour vérité ».

<sup>3</sup> J. Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, livre III, titre VI, section IV, V.

<sup>4</sup> R.-J. Pothier, *Traité des obligations*, réimpr. Dalloz, préf. J.-L. Halpérin, 2011, n° 850 et suiv., n° 886.

<sup>5</sup> S. Y. Cherif « L'autorité de la chose jugée, présomption légale de vérité », *Clio@Themis* (*Revue électronique d'histoire du droit*), 19, 2020.

<sup>6</sup> Pothier, *op. cit.*, n° 850.

<sup>7</sup> Carbonnier, *Droit civil*, t. I, n° 192 ; Chainais, Ferrand, Mayer et Guinchard, *Procédure civile*, n° 1194.

<sup>8</sup> *Ibid.* ; comp. S. Cotta « La question de la vérité du jugement », in : *L'avenir du droit – Mélanges en l'honneur de François Terré*, Dalloz, PUF et Editions du Jurisclasseur, 1999, p. 37-45.

<sup>9</sup> Strickler et Varnek, *Procédure civile*, n° 467 ; Chainais, Ferrand, Mayer et Guinchard, *op. cit.*, n° 1194-1195. ; Chantepie et Latina, *Le nouveau droit des obligations*, n° 1115.

<sup>10</sup> Chainais, Ferrand, Mayer et Guinchard, *op. cit.*, n° 1195 ; E. Couture « La chose jugée comme présomption légale. Note critique sur les articles 1349 et 1350 du Code civil », *RIDC* 1954, p. 681-701, n° 12 et suiv.

<sup>11</sup> C. Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. XXX, 1882, n° 282-284. Cf. L. Cadet « Les jeux du contrat et du procès », in : *Philosophie du droit et droit économique : quel dialogue ? - Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, Editions Frison-Roche, 1999, p. 23 et suiv., spéc. p. 32 ; Y. Muller, *Le contrat judiciaire en droit privé*, thèse Paris I, dir. G. Viney, 1994.

<sup>12</sup> *Digeste*, XLIV, 2, *De exceptione rei judicatae*, 6 (Paul) ; Carbonnier, *op. cit.*, t. I, *loc. cit.* ; Cornu et Foyer, *op. cit.*, n° 139, p. 590 ;

un principe de droit romain : *interest rei publicae ut sit finis litium* – « il est de l'intérêt de la chose publique qu'il existe une fin des procès ». Au dix-huitième siècle, Montesquieu a exprimé la même idée : « Le repos des familles et de la société tout entière se fonde non seulement sur ce qui est juste, mais sur ce qui est fini »<sup>1</sup>.

## § 2 Domaine de l'autorité de la chose jugée

Toutes les décisions n'ont pas autorité de la chose jugée et celle-ci n'est, de surcroît, attachée qu'à certaines mentions du jugement.

### A. Décisions revêtues de l'autorité de la chose jugée

Aux termes de l'article 480 du Code de procédure civile :

« Le jugement qui tranche dans son dispositif tout ou partie du principal, ou celui qui statue sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout autre incident a, dès son prononcé, autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'il tranche.

« Le principal s'entend de l'objet du litige tel qu'il est déterminé par l'article 4. »

#### 1. Notion de jugement définitif tranchant une contestation

L'autorité de la chose jugée est donc attachée au jugement définitif relativement à la contestation qu'il tranche. En tranchant cette contestation, le juge a en effet épuisé son pouvoir juridictionnel, ce qui confère à sa décision un caractère définitif. Cette exigence d'un jugement définitif soulève la question délicate et controversée de l'autorité de la chose jugée des jugements « *quant à présent et en l'état* », par lesquels le juge se réserve le pouvoir de revenir sur sa décision en cas de circonstances nouvelles<sup>2</sup>.

L'intitulé de la section où se trouve l'article 480 (« *Les jugements sur le fond* ») laisserait supposer que seuls sont revêtus de l'autorité de la chose jugée les jugements tranchant le fond du litige.

Cependant, d'une part, dès lors qu'il met fin à l'instance, un jugement statuant sur une fin de non-recevoir ou une exception de procédure a autorité de la chose jugée quant à la contestation qu'il tranche, au même titre qu'un jugement sur le fond, comme le précise l'article 480 lui-même<sup>3</sup>.

D'autre part, d'autres jugements peuvent trancher le principal sans constituer des jugements au fond. C'est le cas de la décision de référé ordonnant une mesure d'instruction à futur sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile. En effet, selon une jurisprudence, d'ailleurs critiquée, de la Cour de cassation<sup>4</sup>, le juge tranche ainsi le principal au regard de l'objet du litige qui lui est soumis et épuise sa saisine. Sa décision apparaît donc revêtue de l'autorité de la chose jugée, d'autant que, contrairement aux autres décisions prescrivant avant-dire droit une mesure d'instruction, elle est susceptible d'un appel immédiat<sup>5</sup>. Or la possibilité de relever appel ne se conçoit qu'à l'égard d'une décision revêtue de l'autorité de la chose jugée.

Remarque : il faut se garder de confondre le jugement définitif et le jugement irrévocable. Le jugement irrévocable est celui qui ne peut plus être remis en cause par l'exercice d'une voie de recours ordinaire ou extraordinaire. Mais l'autorité de la chose jugée s'attache au jugement dès le jour où il a été rendu, pourvu qu'il tranche une contestation, quand bien même il peut être attaqué par une voie de recours.

#### 2. Exclusion des jugements avant-dire droit et des jugements gracieux

Perrot, *op. cit.*, t. II, p. 652 ; Chainais, Ferrand, Mayer et Guinchard, *op. cit.*, n° 1197 ; Strickler et Vanerk, *op. cit.*, *loc. cit.* ; Chantepie et Latina, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>1</sup> Cité par Cornu et Foyer et Chainais, Ferrand, Mayer et Guinchard, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>2</sup> Cf. *supra* : section 1 « Dessaisissement du juge ».

<sup>3</sup> Cadiet et Jeuland, *op. cit.*, n° 89 et 730 ; Héron et Le Bars, *op. cit.*, n° 371.

<sup>4</sup> Cf. Civ. 2, 6 juin 2013, n° 12-21683, B. II, n° 119 ; *Procédures* 2013, n° 235, note R. Perrot, soumettant cette décision aux dispositions de l'article 528-1 du Code de procédure civile. Cf. *supra* : section 1 « Dessaisissement du juge ».

<sup>5</sup> Cf. *supra* : 2ème partie « L'instance », titre II « Déroulement de l'instance », chap. I « Les procédures devant le tribunal judiciaire », section 2 « La procédure orale », § 2 « Le référé », F. Voies de recours contre l'ordonnance de référé », 1. « Ordonnance susceptible d'appel » ; section 3 « Les procédures particulières », § 1 « La procédure sur requête », B. « Régime de la procédure sur requête », 3. « Voies de recours contre l'ordonnance ». Cf. *ég. infra* : titre II « Les voies de recours ».

On envisagera successivement le cas des jugements avant-dire droit, puis celui des jugements gracieux.

a. Jugements avant-dire droit

Aux termes de l'article 482 du Code de procédure civile : « *Le jugement qui se borne, dans son dispositif, à ordonner une mesure d'instruction ou une mesure provisoire n'a pas, au principal, l'autorité de la chose jugée.* » Ainsi les jugements qui se limitent à ordonner ou refuser une mesure d'instruction ou une mesure provisoire n'ont-ils pas autorité de la chose jugée au principal. Tel est le cas des ordonnances de référé (article 488, alinéa 1er, du Code de procédure civile) et des ordonnances sur requête, d'une décision prononçant une astreinte<sup>1</sup> ou refusant de l'ordonner<sup>2</sup>... Il convient toutefois de réserver le cas des ordonnances de référé prescrivant une mesure d'instruction à futur, qui, selon la Cour de cassation, tranchent ainsi le principal dont le juge est saisi et épuisent sa saisine<sup>3</sup>.

En revanche, les ordonnances de référé et les ordonnances sur requête ont autorité de chose jugée au provisoire, dans la mesure où le juge ne peut les rapporter ou les modifier qu'en cas de « *circonstances nouvelles* » – l'article 488, alinéa 2, le précise expressément en matière de référé et on conçoit mal qu'il en aille différemment, malgré le silence de l'article 497, en matière d'ordonnance sur requête<sup>4</sup>.

S'agissant des jugements « mixtes », par lesquels le tribunal tranche une partie du principal, tout en ordonnant ou rejetant une mesure d'instruction ou une mesure provisoire pour le surplus, il convient de distinguer selon les chefs de la décision : la partie concernant le principal a l'autorité de la chose jugée, tandis que la partie relative à la mesure d'instruction ou à la mesure provisoire en est dépourvue.

b. Jugements gracieux

Ils sont dépourvus d'autorité de la chose jugée, selon une jurisprudence traditionnelle, il est vrai aujourd'hui vivement contestée<sup>5</sup>.

B. Énonciations revêtues de l'autorité de la chose jugée<sup>6</sup>

La localisation de la chose jugée dans une décision peut faire difficulté. Certes, comme l'énonce l'article 480 lui-même, l'autorité de la chose jugée n'est attachée qu'au dispositif, c'est-à-dire à ce qui a été réellement jugé par le juge. Pendant longtemps, la Cour de cassation a néanmoins fait preuve d'une certaine souplesse, qu'elle a récemment abandonnée pour revenir à un strict formalisme.

1. Souplesse de la jurisprudence antérieure

D'une part, la jurisprudence étendait l'autorité de la chose jugée à ce qui est implicitement compris dans le dispositif<sup>7</sup>. D'autre part, elle estimait que les motifs constituant le soutien nécessaire du dispositif<sup>8</sup> ou les motifs décisifs<sup>9</sup> participaient de l'autorité de la chose jugée.

2. Formalisme de la jurisprudence actuelle

<sup>1</sup> Civ. 2, 29 janvier 2015, n° 14-10544 ; Civ. 2, 21 février 2019, n° 17-27900 (P). Le juge peut donc supprimer librement l'astreinte qu'il a prononcée pour l'avenir, sans avoir à relever l'existence d'une cause étrangère, cette condition, posée par l'article L. 131-4, alinéa 3, du Code des procédures civiles d'exécution, n'étant requise que pour la liquidation d'une astreinte ayant déjà couru (Civ. 2, 21 février 2019, préc.).

<sup>2</sup> Civ. 2, 15 novembre 2012, n° 08-11061 et 08-11165, B. II, n° 187.

<sup>3</sup> Cf. *supra*.

<sup>4</sup> Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. II, p. 620-621 et p. 653 ; Cadiet et Jeuland, *op. cit.*, n° 731 ; Chainais et *alii*, *op. cit.*, n° 1971 ; Héron et Le Bars, *op. cit.*, n° 372 ; cf. *supra* : « Procédure de référé ». Cf. Com. 16 juin 2021, n° 19-20175, *Lettre Com* n° 4, avril-juin 2021, p. 4.

<sup>5</sup> Cf. *supra* : chap. I « Notion de jugement », section 2 « Jugements contentieux et décisions gracieuses », § 2 « Intérêt de la distinction des jugements gracieux et des décisions contentieuses », B. et C.

<sup>6</sup> J. Normand « L'étendue de la chose jugée au regard des motifs et du dispositif », in : *La procédure civile – rencontres Université-Cour de cassation*, 23 janvier 2004, *BICC* hors série.

<sup>7</sup> Soc. 13 décembre 1961, B. IV, n° 1028 ; Civ. 2, 4 avril 1962, B. II, n° 369 ; Civ. 1, 5 mars 1963, B. I, n° 143 ; Civ. 1, 10 juin 1969, B. I, n° 219.

<sup>8</sup> Civ. 1, 18 juillet 1960, B. I, n° 403 ; Civ. 1, 6 juillet 1964, B. I, n° 363 ; Civ. 3, 8 janvier 1969, B. III, n° 24

<sup>9</sup> Civ. 1, 18 mai 1960, B. I, n° 274 ; Civ. 2, 5 avril 1965, B. II, n° 343.



La Cour de cassation a fini par refuser l'autorité de la chose jugée aux motifs décisifs<sup>1</sup>. Puis, dans un arrêt du 13 mars 2009<sup>2</sup>, l'Assemblée plénière est revenue à la pleine orthodoxie. En effet, visant les articles 480 du Code de procédure civile et 1351 du Code civil, elle a énoncé que « *l'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui fait l'objet du jugement et a été tranché dans son dispositif* »

L'abandon de la jurisprudence antérieure s'explique par le fait que sa souplesse était génératrice d'incertitudes, dans la mesure où il n'est pas toujours facile de déterminer ce qui est implicitement compris dans le dispositif ou bien quels motifs ont un caractère décisif. Le critère du seul dispositif, pour formaliste qu'il soit, offre, au contraire, l'avantage de la sécurité juridique.

Il reste néanmoins possible de se référer aux motifs de la décision « *éclairant la portée du dispositif* » pour délimiter l'étendue de l'autorité de la chose jugée attachée à une décision<sup>3</sup>, ce qui ne revient pas au même que d'étendre cette autorité à des motifs, seraient-ils le soutien nécessaire du dispositif<sup>4</sup>.

En droit de l'Union européenne, la Cour de justice de l'Union européenne a, au contraire, jugé que l'autorité de la chose jugée, dont la notion doit être déterminée indépendamment des différentes législations des Etats membres pour satisfaire à l'exigence d'uniformité dans l'application du droit de l'Union<sup>5</sup>, « *s'étend aux motifs qui constituent le soutien nécessaire du dispositif [de la décision] et sont, de ce fait, indissociables de ce dernier* »<sup>6</sup>.

### § 3 Étendue de l'autorité de la chose jugée

Elle est difficile à préciser, car les contours de l'autorité de la chose jugée en matière civile sont incertains, singulièrement dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation. Ces conditions ont en effet évolué dans le temps, avec l'adoption successive de trois critères de l'autorité de la chose jugée.

#### A. Critère classique de l'autorité de la chose jugée en matière civile : triple identité de parties, d'objet et de cause, entendue comme le fondement juridique de la demande

Aux termes de l'article 1355 du Code civil (ancien article 1351 du même code) :

*« L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même ; que la demande soit fondée sur la même cause ; que la demande soit entre les mêmes parties, et formées par elles et contre elles en la même qualité. »*

La rédaction de l'article 1355 n'est pas exemplaire. En effet, elle débute par la formule « *L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement...* » Mais, reprise de Pothier<sup>7</sup>, l'expression « *objet du jugement* » désigne, dans l'esprit de cet auteur<sup>8</sup> comme dans celui des rédacteurs du Code civil, le litige, la contestation que le jugement a tranché, qu'il avait « pour objet » de trancher. Or, à suivre Pothier comme l'article 1355, le litige, que l'autorité de la chose jugée interdit de soumettre à nouveau à l'examen du juge lorsqu'il a été définitivement tranché, se définit par deux éléments : d'une part, la « *chose demandée* », c'est-à-dire l'objet de la demande, à savoir le droit invoqué<sup>9</sup> ; d'autre part, la « *cause* », fondement de la demande. En toute rigueur, c'est donc le litige qui a, en réalité, un objet, celui de la demande en justice contentieuse, et non le jugement qui tranche ce litige. Aussi bien, inspireur direct

<sup>1</sup> Civ. 1, 8 juillet 1994, B. I, n° 240 ; Civ. 1, 7 octobre 1998, B. I, n° 284 ; Civ. 2, 12 février 2004, B. II, n° 55 ; Civ. 1, 22 novembre 2005, B. I, n° 425 ; Civ. 3, 22 mars 2006, B. III, n° 80 ; Civ. 1, 20 février 2007, B. I, n° 66 ; Civ. 2, 17 octobre 2013, n° 12-26178, B. II, n° 200 ; JCP 2014, 436, n° 4, obs. Y.-M. Serinet.

<sup>2</sup> Ass. plén. 13 mars 2009, B. ass. plén., n° 3 ; BICC 1er juin 2009, rapp. Gabet, avis Maynial ; D. 2009, AJ 879 ; D. 2010, Pan. 169, obs. N. Fricero ; JCP 2009, II, 10077, note Y.-M. Serinet ; RTD civ. 2009, 366, obs. R. Perrot ; Procédures 2009, n° 131, note R. Perrot.

<sup>3</sup> Civ. 2, 3 juillet 2008, n° 07-16398, B. II, n° 161 ; D. 2009, 848, note F. Perret-Richard ; Com. 5 février 2013, n° 12-12808 et 12-14571, B. IV, n° 21 ; Civ. 1, 30 janvier 2019, n° 18-10164 (P) ; Civ. 3, 12 décembre 2019, n° 18-13757, JCP 2 mars 2020, 220, note Y. Strickler et 223, avis avocat général B. Sturlèse.

<sup>4</sup> Civ. 2, 17 octobre 2013 et Civ. 1, 30 janvier 2019, préc.

<sup>5</sup> CJUE 5 novembre 2012, *Gothaer Allgemeine Versicherung AG*, C-456/11, point 39.

<sup>6</sup> CJCE 1er juillet 2006, *P & O European Ferries (Vizcaya) et Diputación Foral de Vizcaya/Commission*, C-442/03 P et C-471/03 P, Rec. p. I-4845, point 44 ; CJUE 19 avril 2012, *Artégodan/Commission*, C-221/10 P, point 87 ; CJUE 5 novembre 2012, préc., point 40.

<sup>7</sup> Pothier, *op. cit.*, n° 889.

<sup>8</sup> *Ibid.*, n° 889 et suiv.

<sup>9</sup> Cf. *supra* : « Introduction générale », section 2 « Le litige », § 1 « Genèse du litige », B. « Eléments constitutifs du litige », 1. « L'objet du litige ».

de l'article 1351 devenu 1355, Pothier, immédiatement après avoir parlé de « l'objet du jugement », s'attachait-il effectivement à « l'objet de la demande », pour circonscrire l'étendue de l'autorité de la chose jugée<sup>1</sup>. La doctrine postérieure au Code civil a donc repris sa manière de s'exprimer, en identifiant la « chose demandée », dont l'article 1355 parle, à l'objet de la demande contentieuse et, partant, du litige<sup>2</sup>.

L'article 1355 double l'exigence d'une identité d'objet de celle d'une identité de cause. Ainsi pose-t-il finalement trois conditions à l'existence de l'autorité de la chose jugée en matière civile, sous la forme d'une triple identité d'objet, de cause et de parties entre les deux actions. En d'autres termes, une demande avec le même objet, fondée sur la même cause et formée entre les mêmes parties qu'une demande antérieure est irrecevable, si une décision a déjà été rendue au sujet de celle-ci, réserve faite de l'exercice d'une voie de recours contre cette dernière décision, s'il en existe et si le délai pour les exercer n'est pas expiré.

Toutefois la notion de cause avait donné lieu à d'innombrables difficultés. La jurisprudence avait certes élaboré une définition de la cause au sens de l'ancien article 1351 du Code civil, à savoir le fondement juridique de la demande. Mais cette dernière notion était apparue incertaine à l'usage, d'où un contentieux important. En effet, la Cour de cassation considérait qu'il y avait identité de cause entre les deux demandes, dès lors que le demandeur se bornait à invoquer des moyens nouveaux, à l'appui d'une demande reposant sur le même fondement juridique que la première. Or le critère de distinction entre le moyen et la cause était d'un maniement délicat :

Ex. l'acquéreur ayant invoqué la garantie des vices cachés de la chose vendue à l'encontre de son vendeur est-il recevable, en cas d'échec, à intenter une nouvelle action fondée sur le défaut de conformité de cette chose ? En d'autres termes, le fondement juridique des deux demandes est-il identique ou non ?

Ex. partie sollicitant la nullité d'un contrat en raison d'une erreur ayant vicié son consentement, puis après avoir été déboutée, agissant en nullité pour violence. La seconde demande a-t-elle un fondement juridique différent de la première, dès lors qu'elle repose sur une atteinte portée à la liberté du consentement par une partie ou un tiers, et non plus sur une erreur commise spontanément, ou bien cette demande se borne-t-elle à invoquer un moyen nouveau à l'appui d'un même fondement juridique, à savoir la nullité du contrat pour vice du consentement<sup>3</sup> ?

## B. Critère tiré de la question litigieuse tranchée par le juge

L'un des inspirateurs du nouveau Code de procédure civile, Henri Motulsky, a proposé de substituer au critère incertain du Code civil les notions de contestation et de solution, moins malléables que celle de cause, afin de renfermer l'étendue de l'autorité de la chose jugée dans des limites prévisibles<sup>4</sup>.

Afin de déterminer si les conditions de l'autorité de la chose jugée sont réunies, l'article 1355 du Code civil (ancien article 1351) préconise une confrontation entre l'objet et la cause de la demande déjà jugée et ceux de la demande nouvellement formée. Or, d'après Motulsky<sup>5</sup>, ni l'objet de la première demande, ni *a fortiori* sa cause n'ont d'intérêt en soi, pour déterminer si la nouvelle demande est irrecevable, parce qu'elle se heurterait à l'autorité de la chose jugée attachée à une décision déjà rendue. Cette irrecevabilité ne peut en effet se déduire d'une comparaison entre l'étendue de cette décision et le contenu de la nouvelle demande<sup>6</sup>.

Quant à l'étendue du jugement, la contestation portée devant le juge et la solution qu'il en a donnée, servent à la délimiter. Selon Motulsky, en effet, l'autorité de la chose jugée ne pourrait être efficacement opposée lors d'une nouvelle instance, qu'à la double condition qu'elle se rapporte, comme l'écrivait Vizioz<sup>7</sup>, à une question litigieuse, c'est-à-dire un point contradictoirement discuté entre les parties et tranché par le juge lors de la première instance. Ces deux notions de contestation et de solution sont donc les critères

<sup>1</sup> Pothier, *op. cit.*, n° 889.

<sup>2</sup> C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français*, t. XII, 6ème éd., par P. Esmein, Librairies techniques, 1958, § 369 ; C. Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. XXX, 1882, n° 299 et suiv. ; Chainais, Ferrand, Mayer et Guinchard, *op. cit.*, n° 1203 ; Cornu et Foyer, *op. cit.*, n° 119 et n° 123 ; Héron, le Bars et Salhi, *op. cit.*, n° 353 et suiv. ; Strickler et Varnek, *op. cit.*, n° 471.

<sup>3</sup> Cf., en ce sens, pour des demandes successives en annulation pour dol, puis pour erreur : Civ. 1, 6 janvier 1961, *B. I.*, n° 12.

<sup>4</sup> H. Motulsky « Pour une délimitation plus précise de l'autorité de la chose jugée en matière civile », in : *Écrits – Etudes et notes de procédure civile*, 201 et suiv. ; dans le même sens : E. Martin-Hocquenghem, note ss. Douai 20 janvier 1992, citée *infra*.

<sup>5</sup> *Ibid.*, n° 2-3, n° 5 et suiv.

<sup>6</sup> *Ibid.*

<sup>7</sup> Vizioz, *Etudes de procédure*, n° 56 et suiv. ; *adde* : Morgane Reverchon-Billot, *La question litigieuse en matière contractuelle - Essai sur le traitement procédural du droit des contrats*, thèse Poitiers, dir. E. Savaux, 2015.

véritables de l'autorité de la chose jugée<sup>1</sup>.

L'article 480 précité du Code de procédure civile a consacré cette analyse, en limitant l'autorité de la chose jugée attachée à un jugement « *à la contestation qu'il tranche* » dans son dispositif. La Cour de cassation finit par la faire sienne dans un arrêt d'Assemblée plénière du 3 juin 1994<sup>2</sup> : dans un contrat de vente, la question de la réalité et de la validité du consentement est distincte de celle du défaut de prix réel et sérieux, de sorte que la décision qui tranche la première n'a pas autorité de la chose jugée quant à la seconde.

En parlant successivement de « *la chose jugée* », puis de « *la chose demandée* », l'article 1355 du Code civil aurait pu sembler lui-même, de prime abord, vouloir dire que, pour qu'il y ait autorité de la chose jugée, l'objet de la nouvelle demande doit être identique à ce qui a été déjà jugé, et non que les deux demandes successivement introduites doivent avoir le même objet. Cependant, en ajoutant que la demande doit aussi « *être fondée sur la même cause* », le texte suggère une comparaison entre les fondements juridiques des deux demandes formées. Aussi, comme le faisait Pothier<sup>3</sup>, dont les rédacteurs du Code civil se sont inspirés avec l'article 1351 devenu l'article 1355, en est-on venu à comparer les deux demandes dans leur objet et dans leur cause, au lieu de confronter l'étendue de la décision et le contenu de la nouvelle demande ainsi que Motulsky l'a préconisé.

### C. Redéfinition de la cause, accompagnée d'un élargissement de l'autorité de la chose jugée

La jurisprudence actuelle est revenue au critère de la triple identité de parties, d'objet et de cause, mais en redéfinissant cette dernière notion pour étendre l'autorité de la chose jugée. Il en est résulté, pour les plaideurs, une obligation de concentration de leurs moyens lors de l'instance initiale. Cette obligation connaît néanmoins certaines atténuations destinées à en tempérer la rigueur.

#### 1. Définition de la cause comme la fin de la demande

Un nouvel arrêt d'Assemblée plénière, le tristement célèbre arrêt *Cesareo* rendu le 7 juillet 2006<sup>4</sup>, a implicitement condamné la jurisprudence inaugurée par l'arrêt du 3 juin 1994 précité. Ce nouvel arrêt a, en effet, redéfini la notion de cause au sens de l'ancien article 1351 du Code civil, auquel la Cour de cassation est ainsi revenue. Désormais la cause doit s'entendre, selon la Cour de cassation, non plus du fondement juridique de la demande, mais de la fin poursuivie par le plaideur<sup>5</sup>. Dès lors que la nouvelle demande tend au même but que la demande initiale, l'autorité de la chose jugée pourra donc lui être opposée efficacement, quand bien même le fondement juridique en serait différent.

Avec cette nouvelle définition de la cause au sens de l'ancien article 1351 du Code civil, actuel article 1355, l'élément décisif de l'autorité de la chose jugée est devenu l'identité d'objet<sup>6</sup>. Affirmer, en effet, que les deux demandes doivent tendre à des fins différentes pour que la seconde ne se heurte pas à l'autorité de la chose jugée relative à la première, revient concrètement à exiger qu'elles aient un objet différent<sup>7</sup>.

L'identité de cause, quant à elle, se déduit désormais de l'identité des faits générateurs du litige<sup>8</sup>. En effet, le plaideur n'est plus recevable à former une prétention reposant sur ces mêmes faits, en les qualifiant différemment qu'il l'avait fait lors de l'instance initiale<sup>9</sup>.

<sup>1</sup> Motulsky, *op. cit.*, n° 36 et suiv.

<sup>2</sup> Ass. plén. 3 juin 1994, n° 92-12157, *B. Ass. plén.*, n° 4 ; *D.* 1994, *J.* 395, concl. M. Jéol ; *JCP* 1994, II, 22309, note X. Lagarde ; *RTD civ.* 1995, 177, obs. J. Normand et 367, obs. J. Mestre ; *RGDP* 1998, 317, obs. G. Wiederkehr, rejetant le pourvoi contre Douai 20 janvier 1992, *D.* 1992, *J.* 524, note E. Martin-Hocquenghem. *Adde* : V. Delaporte « L'étendue la chose jugée au regard de l'objet et de la cause de la demande », in : *La procédure civile – rencontres Université-Cour de cassation*, 23 janvier 2004, *BICC* hors série.

<sup>3</sup> Pothier, *Traité des obligations*, n° 889 et suiv.

<sup>4</sup> Ass. plén. 7 juillet 2006, *Cesareo*, n° 04-10672, *B.* n° 8 ; *BICC* 15 octobre 2006, rap. C. Charruault, avis av. gén. A. Benmakhlouf ; *D.* 2006, *J.* 2135, note L. Weiller ; *JCP* 2007, II, 10070, note G. Wiederkehr ; *Dr. et proc.* 2006/5, 348, obs. N. Fricero ; *Procédures* oct. 2006, *Repère* 1, par H. Croze et n° 201, obs. R. Perrot ; *RTD civ.* 2006, 825, obs. R. Perrot.

<sup>5</sup> Pour une application : Civ. 2, 30 juin 2022, n° 21-12792 (B) : « *Il résulte des articles 461 et 462 du code de procédure civile que les demandes en interprétation d'un jugement et celles tendant à la réparation d'une erreur ou omission matérielle qui l'affecte, ayant des causes différentes et obéissant à des régimes juridiques qui leur sont propres, aucune fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée ne peut être opposée à la demande en rectification d'erreur matérielle formée par une partie précédemment déboutée d'une demande en interprétation de la même décision* ».

<sup>6</sup> Cadiet et Jeuland, *op. cit.*, n° 736.

<sup>7</sup> Sur l'identification de l'objet de la demande à la fin poursuivie par le plaideur, *cf. supra* : Introduction générale, section 2 « Le litige », § 1 « Genèse du litige », B. « Éléments constitutifs du litige », 1. « Objet du litige ».

<sup>8</sup> Chainais et *alii*, *Procédure civile*, n° 1207 ; Cadiet et Jeuland, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>9</sup> *Cf.* par ex. Civ. 1, 12 avril 2012, n° 11-14123, *D.* 2012, 1132 ; Civ. 1, 9 janvier 2019, n° 18-11734, *Procédures* mars 2019, *comm.* 65, note Y. Strickler.

Au point de vue de l'exégèse, cette interprétation de l'article 1355 encourt les plus vives critiques. Elle revient en effet, en pratique, à confondre la cause de la demande avec son objet, alors, d'une part, que le texte suggère que la cause est le fondement de la demande et que, d'autre part, il distingue l'objet de la demande, la « chose demandée » pour reprendre l'expression y figurant, et la cause servant de fondement à cette demande. Mais, surtout, cette jurisprudence a pour conséquence d'imposer au plaideur une obligation de concentration des moyens portant clairement atteinte aux droits de la défense.

## 2. Obligation de concentration des moyens

L'assemblée plénière et la jurisprudence postérieure ont effectivement déduit de cette nouvelle définition de la cause de la demande, une obligation, pour le plaideur, et surtout pour son avocat, de concentration des moyens dans la même instance<sup>1</sup>. On examinera successivement la portée de cette obligation et sa conventionnalité.

### a. Portée de l'obligation de concentration des moyens

Si le plaideur omet un moyen dans l'instance initiale, alors qu'il avait l'obligation de le soulever dès cette instance, il sera irrecevable, en application des articles 1355 (ancien article 1351) du Code civil et 122 du Code de procédure civile, à le soulever à l'appui d'une action ultérieure qui tendrait aux mêmes fins que son action initiale<sup>2</sup>. Pareille omission engagerait toutefois la responsabilité civile professionnelle de l'avocat envers son client, pour lui avoir fait perdre une chance de voir sa prétention prospérer<sup>3</sup>.

Ex. la demande tendant à la reconnaissance d'un droit de passage fondée sur l'existence d'une servitude par destination du père de famille se heurte à l'autorité de la chose jugée d'une précédente décision ayant rejeté cette demande, fondée différemment sur l'existence d'une servitude légale de passage en cas d'enclave. En effet, « *il incombe au demandeur de présenter dans l'instance relative à la première demande l'ensemble des moyens qu'il estime de nature à fonder celle-ci* »<sup>4</sup>.

Cette solution n'est pas du tout conforme à l'article 480 du Code de procédure civile, lequel ne confère autorité de la chose jugée au jugement que quant à la contestation qu'il tranche dans son dispositif. Obliger le plaideur à concentrer l'ensemble de ses moyens dès la première instance sous peine de se heurter ultérieurement à l'autorité de la chose jugée, revient en effet à étendre fictivement, au mépris des termes de l'article 480, l'autorité de la chose jugée à une contestation que, précisément, le juge, lors de la première instance, n'avait pu trancher, puisqu'il n'en avait pas été saisi. On oppose ainsi au plaideur l'autorité de la chose qui, en réalité, n'a pas été jugée<sup>5</sup> !

La Cour de cassation a ensuite aggravé la rigueur de cette obligation de concentration des moyens, en l'imposant à l'intérieur d'une même instance<sup>6</sup>. En effet, a-t-elle énoncé, il incombe au demandeur, avant qu'il ne soit statué sur sa demande, d'exposer l'ensemble des moyens qu'il estime de nature à fonder celle-ci. Dans une même instance, une prétention rejetée ne peut donc être présentée à nouveau sur un autre fondement.

Cette dernière solution va beaucoup trop loin et méconnaît tant l'esprit que les textes du Code de procédure civile.

- D'une part, les moyens de défense peuvent être invoqués en tout état de cause (article 72 du Code de procédure civile pour la défense au fond, article 123 du même code pour la fin de non-

<sup>1</sup> A. Gutsunaeva, *Le principe de concentration en procédure civile*, thèse Université Côte d'Azur, 2021 ; A. Posez « Le principe de concentration des moyens, ou l'autorité retrouvée de la chose jugée », *RTD civ.* 2015, 283 et suiv.

<sup>2</sup> Ass. plén. 7 juillet 2006, préc. ; Civ. 1, 16 janvier 2007, *B. I*, n° 18 ; Com. 20 février 2007, *B. IV*, n° 49 ; *JCP* 2007, II, 10070, note G. Wiederkehr ; Civ. 2, 25 octobre 2007, *B. II*, n° 241 ; *RTD civ.* 2008, 147, obs. Ph. Théry et 159, obs. R. Perrot ; Civ. 3, 13 février 2008, *JCP* 2008, II, 10052, note L. Weiller ; Com. 6 juillet 2010, n° 09-15671, *B. IV*, n° 120 ; *D.* 2011, 406, obs. P. Crocq ; Civ. 3, 16 juin 2011, *B. III*, n° 105 ; Civ. 2, 12 juillet 2012, n° 11-20587 ; Com. 11 mars 2014, n° 11-26915, *B. IV*, n° 48 ; Civ. 2, 20 mars 2014, n° 13-14738, *B. II*, n° 73 ; Com. 12 mai 2015, n° 14-16208, *B. IV*, n° 75 ; Civ. 1, 9 janvier 2019, n° 18-11734, préc. ; Civ. 2, 19 mai 2022, n° 21-13062 (B) ; *D. Actu.* 10 juin 2022, obs. N. Hoffschir. Pour une application du principe à l'invocation successive de fins de non-recevoir : Civ. 2, 13 nov. 2014, n° 13-15642, *B. II*, n° 229 ; *Dalloz actualité*, 27 nov. 2014, obs. M. Kebir ; *D.* 2015, 287, obs. N. Fricero ; *ibid.* 517, obs. H. Adida-Canac, T. Vasseur et E. de Leiris.

<sup>3</sup> Civ. 1, 16 septembre 2010, *JCP* 2011, 80, note S. Hocquet-Berg.

<sup>4</sup> Civ. 3, 16 juin 2011, préc.

<sup>5</sup> S. Guinchard « L'autorité de la chose qui n'a pas été jugée »..., *op. cit.*

<sup>6</sup> Civ. 2, 15 avril 2019, n° 17-31785 (P) ; *D. Actu.* 14 mai 2019, obs. G. Maugain.

recevoir), hormis les exceptions de procédure, lesquelles doivent, aux termes de l'article 74 du Code, être soulevées *in limine litis* à peine d'irrecevabilité. On aperçoit mal pour quelle raison le demandeur devrait être traité plus sévèrement que le défendeur, en étant soumis à une obligation de concentration de ces moyens au seuil de l'instance, obligation à laquelle le code de procédure civile soustrait, en principe, le défendeur.

- D'autre part, si l'article 564 du Code de procédure civile déclare les prétentions nouvelles irrecevables en appel, l'article 565 du même code précise que ne sont pas nouvelles les prétentions tendant aux mêmes fins que celles soumises au premier juge, même si leur fondement juridique est différent. De telles prétentions sont donc recevables, quand bien même elles seraient émises pour la première fois en cause d'appel. Là encore, on comprend mal que la Cour de cassation puisse en juger autrement lorsqu'elles sont soulevées en première instance, postérieurement à un premier jugement.

La deuxième Chambre civile de la Cour de cassation, spécialisée dans les questions de procédure, s'est traditionnellement bornée à exiger des plaideurs une concentration des moyens<sup>1</sup>, au moins officiellement. En effet, elle n'exige pas que le plaideur présente, lors de l'instance initiale, toutes les demandes dérivant de la situation litigieuse, à peine de se voir opposer ultérieurement l'autorité de la chose jugée<sup>2</sup>. Au contraire, elle a rejeté explicitement principe de la concentration des demandes, au profit du seul principe de la concentration des moyens<sup>3</sup>. La troisième Chambre civile a épousé ce point de vue<sup>4</sup>. En revanche, la première Chambre civile était parfois allée plus loin, en imposant en outre aux parties une concentration des demandes, en tout cas en matière d'arbitrage<sup>5</sup>.

Mais, outre qu'elle restreignait exagérément le droit d'accès aux tribunaux, cette position de la première Chambre civile apparaissait juridiquement indéfendable<sup>6</sup>. En effet, elle supposait que deux prétentions différentes puissent avoir un objet identique, que la chose jugée puisse être la même au sens de l'article 1355 du Code civil. Or, aux termes de l'article 4, alinéa 1er, du Code de procédure civile, l'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties<sup>7</sup>. L'identité d'objet implique donc nécessairement une identité des prétentions formées dans les deux instances successives<sup>8</sup>. Aussi la première Chambre civile a-t-elle fini par réaffirmer solennellement que seule une obligation de concentration des moyens, à l'exclusion d'une concentration des demandes, pèsent sur le plaideur dès l'instance relative à la première demande<sup>9</sup>. Actuellement, les différentes chambres de la Cour de cassation ont donc officiellement la même doctrine en la matière.

La Cour de cassation a actuellement une regrettable tendance à élargir la notion d'objet de la demande. Cette jurisprudence a pour conséquence que l'obligation de concentration des moyens en vient parfois, en pratique, à équivaloir à une obligation de concentration des demandes pour les parties, en dépit du fait que la Cour de cassation écarte officiellement une telle obligation de concentration des demandes<sup>10</sup>.

Initialement, il est vrai, les deuxième et troisième Chambres civiles de la Cour de cassation adoptèrent une conception stricte de la notion d'objet, de manière à ne pas élargir exagérément la portée de l'autorité de la chose jugée<sup>11</sup>. Cette tendance perdure dans certains arrêts à l'heure actuelle.

Ex. l'instance ayant donné lieu à la résolution d'un contrat de crédit-bail et celle tendant à la recherche de la responsabilité pré-contractuelle du crédit-bailleur n'ont pas le même objet<sup>12</sup>.

Ex. l'action en exécution forcée d'un contrat d'assurance n'a pas le même objet que l'action en responsabilité

<sup>1</sup> Civ. 2, 10 novembre 2010, *B. II*, n° 181 ; *D.* 2011, 632 ; Civ. 2, 11 avril 2019, préc.

<sup>2</sup> Civ. 2, 5 mars 2015, n° 14-10842, *B. II*, n° 49.

<sup>3</sup> Civ. 2, 26 mai 2011, n° 10-16735, *B. II*, n° 117 ; *D.* 2011, 1566, obs. V. Avena-Robardet ; *JCP* 2011, 749, note G. Deharo et 861, note Y.-M. Serinet ; *RTD civ.* 2011, 593, obs. R. Perrot ; Civ. 2, 17 octobre 2013, n° 12-26178, *B. II*, n° 200 ; *JCP* 2014, 436, n° 4, obs. Y.-M. Serinet ; Civ. 2, 19 mai 2022, n° 20-21585 (B) ; *D. Actu.* 10 juin 2022, obs. N. Hoffschir ; Civ. 2, 19 mai 2022, n° 20-23529 (B) ; *D. Actu.* 10 juin 2022, obs. N. Hoffschir.

<sup>4</sup> Civ. 3, 11 janvier 2012, n° 10-23141, *B. III*, n° 4 ; *JCP* 2012, 442, note J. Ghestin et Y.-M. Serinet ; Civ. 3, 4 juillet 2012, n° 11-19725, *B. III*, n° 103.

<sup>5</sup> Civ. 1, 28 mai 2008, n° 07-13266, *B. I*, n° 153 ; *D.* 2008, 1629, obs. X. Delpéch ; *D.* 2009, 3116, obs. Th. Clay ; *JCP* 2008, II, 10179, note G. Bolard ; *RTD civ.* 2008, 551, obs. R. Perrot ; *RTD com.* 2010, 535, obs. E. Loquin.

<sup>6</sup> Chainais et alii, *Procédure civile*, n° 1210.

<sup>7</sup> Cf. *supra* : section 2 « Exercice de l'action en justice », § 2 « Mise en œuvre de l'action en justice », A. « Les demandes en justice ; Deuxième partie, « L'instance », titre I « Cadre juridique de l'instance ».

<sup>8</sup> Chainais et alii, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>9</sup> Civ. 1, 12 mai 2016, n° 15-16743 et 15-18595, *B. I*, n° 106 ; *Procédures* n° 7, juillet 2016, *comm.* 223, note Y. Strickler ; *JCP* 2016, *doctr.* 1296, n° 6, obs. R. Libchaber ; *Gaz. Pal.* 30 août 2016, p. 66, obs. H. Herman ; Civ. 1, 7 décembre 2016, n° 16-12216, *B. I*, n° 246.

<sup>10</sup> Chainais et alii, *Procédure civile*, n° 1210.

<sup>11</sup> Outre les arrêts cités ci-après, cf. ég. Civ. 3, 22 janvier 2014, n° 12-22275, *B. III*, n° 8 ; Civ. 3, 18 octobre 2018, n° 17-14799 (P) ; *Dalloz actualité*, 26 oct. 2018, note C. Bléry ; *Gaz. Pal.* 29 janvier 2019, p. 57, obs. M. Kebir.

<sup>12</sup> Civ. 2, 24 septembre 2006, *B. II*, n° 221.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Panthéon-Assas  
Licence droit 3ème année Melun 2023-2024

contractuelle pour manquement de la compagnie à son devoir de conseil<sup>1</sup>.

Ex. l'action en réparation d'un préjudice subi du fait d'un vice caché étant distincte de l'action réhabilitatoire et pouvant être engagée de manière autonome, en est une demande distincte par son objet<sup>2</sup>.

Ex. la demande d'indemnisation à raison de l'état détérioré d'un objet remis en dépôt lors de sa restitution a un objet distinct de celui de la demande d'indemnisation pour absence de restitution de cet objet<sup>3</sup>.

Ex. l'action d'un locataire tendant à obtenir la nullité du congé et l'indemnisation des troubles de jouissance subis durant l'occupation d'un logement n'a pas le même objet que son action en réparation des préjudices subis du fait de la délivrance frauduleuse du congé pour vendre<sup>4</sup>.

Ex. la demande de la victime d'un accident de la circulation tendant à la condamnation de l'assureur au paiement des intérêts au double du taux légal, faute d'offre présentée dans le délai légal, en application de l'article L. 211-13 du Code des assurances, n'a pas le même objet que celle tendant à l'indemnisation de son préjudice corporel<sup>5</sup>.

Ex. une action en revendication n'a pas le même objet qu'une action en bornage<sup>6</sup>.

Ex. une action en reconnaissance d'une servitude légale de passage pour cause d'enclave n'a pas le même objet qu'une action en reconnaissance d'une servitude de passage du fait de l'homme, car « *l'avantage recherché* » est « *différent* »<sup>7</sup>. La Cour de cassation en avait pourtant jugé autrement quelques années auparavant<sup>8</sup>. Elle avait également jugé qu'une demande fondée sur une servitude de passage par destination du père de famille avait le même objet qu'une demande fondée sur une servitude légale de passage pour cause d'enclave<sup>9</sup>...

Ex. la demande en nullité d'une vente pour dol et la demande en réduction du prix de vente formées par les victimes du dol n'ont pas le même objet<sup>10</sup>.

Ex. une demande en réduction d'une prestation compensatoire n'a pas le même objet qu'une demande en suppression de cette même prestation<sup>11</sup>.

Cependant d'autres chambres de la Cour de cassation parurent admettre quelquefois beaucoup plus facilement l'identité d'objet entre deux prétentions successives. En particulier, tout en se contentant officiellement d'imposer une concentration des moyens, la première Chambre civile retint, dans certains cas, une acception tellement extensive de la notion d'objet de la prétention que cela revenait à imposer indirectement au plaideur une concentration des demandes, au-delà de la concentration de moyens<sup>12</sup>.

Ainsi en matière de cautionnement, la première Chambre civile jugea-t-elle<sup>13</sup> que, dès lors qu'une partie, poursuivie en exécution d'un engagement de caution,

*« n'avait développé lors de l'instance initiale que des contestations relatives à la validité et à la portée de cet engagement sans faire valoir que la banque avait engagé sa responsabilité civile à leur égard et devait être condamnée à leur payer des dommages-intérêts qui viendraient en compensation avec les condamnations prononcées à leur encontre, la cour d'appel en a exactement déduit qu'était irrecevable la demande dont elle était saisie, qui ne tendait qu'à remettre en cause, par un nouveau moyen qui n'avait pas été formé en temps utile, la condamnation irrévocable prononcée ».*

La Chambre commerciale se rallia à cette acception extensive de la notion d'objet de la prétention en matière de cautionnement<sup>14</sup>. Au contraire, la deuxième Chambre civile la rejeta initialement<sup>15</sup>. Ultérieurement, la première Chambre

<sup>1</sup> Civ. 2, 10 novembre 2010, n° 09-14948, *B. II*, n° 181 ; *D.* 2011, 632, n° 1, obs. J.-M. Sommer et L. Leroy-Gissinger ; *JCP* 2010, 1270, note J.-J. Barbiéri ; *JCP* 2011, 666, n° 15, obs. Y.-M. Serinet.

<sup>2</sup> Civ. 1, 22 juin 2017, n° 16-22250.

<sup>3</sup> Civ. 2, 19 mai 2022, n° 20-21585, préc.

<sup>4</sup> Civ. 2, 19 mai 2022, n° 20-23529, préc.

<sup>5</sup> Civ. 2, 5 mars 2015, préc.

<sup>6</sup> Civ. 3, 10 novembre 2009, n° 08-19756, *B. III*, n° 249 ; *D.* 2009, 2188, note N. Reboul-Maupin ; *JCP* 2010, 147, note C. Bléry.

<sup>7</sup> Civ. 3, 25 mars 2021, n° 19-20603 (P), *Lettre C3* n° 3, mai 2021, p. 11.

<sup>8</sup> Civ. 3, 16 novembre 2013, n° 12-21588.

<sup>9</sup> Civ. 3, 16 juin 2011, n° 10-18925, *B. III*, n° 105.

<sup>10</sup> Civ. 3, 11 janvier 2012, préc.

<sup>11</sup> Civ. 2, 20 mai 2010, n° 09-67662, *B. II*, n° 94.

<sup>12</sup> Cf. en matière d'injonction de payer, imposant en réalité une véritable obligation de concentration des demandes, sous couvert d'une simple obligation de concentration des moyens : Civ. 1, 1er octobre 2014, n° 13-22388, *B. I*, n° 156 ; *RTD civ.* 2014, 940, obs. critiques Ph. Théry ; Civ. 1, 12 mai 2016, n° 15-13435, *B. I*, n° 107.

<sup>13</sup> Civ. 1, 10 juillet 2010, n° 09-10364, *B. I*, n° 150 ; *D.* 2010, 1780, obs. V. Avenat-Robardet et 2100, obs. Cl. Creton ; *D.* 2011, 265, obs. N. Fricero et 406, obs. P. Crocq.

<sup>14</sup> Com. 25 octobre 2011, n° 10-21383, *B. IV*, n° 169 ; *D.* 2011, 2735, obs. V. Avena-Robardet ; Com. 22 mars 2016, n° 14-23167 ; *Gaz. Pal.* 21 juin 2016, p. 31, obs. Ch. Albiges.

<sup>15</sup> Civ. 2, 23 septembre 2010, n° 09-69.730, *B. II*, n° 157 ; *D.* 2011, 265, obs. N. Fricero ; *D.* 2011, 632, n° 1, obs. J.-M. Sommer et L. Leroy-Gissinger.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Panthéon-Assas  
Licence droit 3ème année Melun 2023-2024

civile sembla revenir à une définition plus étroite de l'objet de la demande, proche de celle privilégiée par les deuxième et troisième Chambres civiles<sup>1</sup>. Mais, récemment, c'est la deuxième Chambre civile, spécialisée dans les questions de procédure, qui s'est engagée, à son tour, tout au moins dans certains de ses arrêts, dans la voie déplorable d'une définition extensive de l'objet de la prétention au point d'imposer indirectement au plaideur une obligation de concentration des demandes<sup>2</sup>, alors qu'elle l'écarte officiellement !

Même si, du reste, une acceptation stricte et infiniment plus raisonnable de la notion d'objet de la prétention devait finalement prévaloir, la fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée est appelée désormais à être accueillie beaucoup plus fréquemment que jadis.

Remarque : dans la procédure prud'homale, le législateur avait lui-même imposé aux plaideurs un principe de concentration des demandes dans la même instance, appelé encore celui de l'unicité de l'instance (article R. 1452-6 du Code du travail). Mais un décret du 20 mai 2016 a abrogé ce principe et aligné le régime de l'appel dans la procédure prud'homale sur celui du droit commun de l'appel<sup>3</sup>.

#### b. Conventionnalité de l'obligation de concentration des moyens

Pour la Cour européenne des droits de l'homme, le principe de la concentration des moyens est compatible avec les exigences de l'article 6, § 1, de la CEDH<sup>4</sup>. En effet, le droit d'accès aux tribunaux, affirmé par ce texte, n'est pas un droit absolu : il se prête à des limitations, à propos desquelles les États contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation. Certes, l'application de ces limitations ne doit pas conduire à restreindre cet accès d'une manière ou à un point tels, que le droit s'en trouverait atteint dans sa substance même. En outre, pareille limitation ne se concilie avec l'article 6 § 1 que si elle tend à un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé<sup>5</sup>.

Mais, précisément, selon la Cour européenne des droits de l'homme<sup>6</sup>, le principe de la concentration des moyens tend à assurer une bonne administration de la justice, en ce qu'il vise à réduire le risque de manœuvres dilatoires et à favoriser un jugement dans un délai raisonnable. La limitation au droit d'accès à un tribunal qu'il opère s'inscrit donc dans un objectif légitime. La Cour européenne a toutefois laissé entendre qu'il pourrait en aller différemment lorsque le fondement juridique d'une seconde demande repose sur une modification du droit positif postérieure à l'examen de la première demande, dans la mesure où, par définition, le demandeur se trouve alors dans l'impossibilité de soulever ce fondement dans le cadre de sa première demande<sup>7</sup>.

En droit de l'Union européenne, la notion d'autorité de la chose jugée doit être, selon la Cour de justice de l'Union européenne, déterminée de manière autonome, indépendamment des différentes législations des États membres, pour satisfaire à l'exigence d'uniformité dans l'application du droit de l'Union<sup>8</sup>. Or, contrairement à la Cour de cassation, la Cour de justice de l'Union européenne attache l'autorité de la chose jugée non seulement au dispositif de la décision, mais encore aux motifs qui en constitue le soutien nécessaire<sup>9</sup>. Aussi la question se pose-t-elle également de savoir si l'étendue de l'autorité de la chose jugée en droit de l'Union coïncide avec celle de l'autorité de la chose jugée en droit interne. En application de l'article 267 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, par un arrêt récent<sup>10</sup>, la Cour de cassation a notamment posé la question préjudicielle suivante, en renvoyant l'examen à la Cour de justice :

*« les demandes portées devant les juridictions de deux Etats membres doivent-elles être considérées, au regard de la définition autonome de l'autorité de chose jugée, comme ayant la même cause lorsque le demandeur allègue des faits identiques mais invoque des moyens de droit différents ? »*

### 3. Atténuation à la rigueur de l'obligation de concentration des moyens

<sup>1</sup> Civ. 1, 7 décembre 2016, n° 16-12216, B. I, n° 246 : pas d'identité d'objet entre l'action ouverte par l'article 1527, alinéa 2, du Code civil aux enfants non issus des deux époux et tendant à limiter les effets d'une clause d'une convention portant adoption d'un régime de communauté conventionnelle et l'action visant à obtenir la nullité de cette convention.

<sup>2</sup> Civ. 2, 1er février 2018, n° 17-10849, B. II, n° 16 ; JCP 2018, *doctr.* 530, obs. critiques L. Mayer : injonction de payer ; Civ. 2, 27 février 2020, n° 18-23972 (P) et Civ. 2, 27 février 2020, n° 18-23370 (P) ; D. *Actu.* 24 avril 2020, obs. critiques C. Bléry : cautionnement ; Civ. 2, 4 juin 2020, n° 18-22060 : formation du contrat ; Civ. 2, 1er juillet 2021, n° 20-11706 (B) ; *Procédures* n° 10, octobre 2021, *comm.* 244, Y. Strickler : cautionnement.

<sup>3</sup> Sur cette réforme, cf. par ex. F. Millot et Cl. Mathurin « La réforme de la procédure prud'homale », JCP *social*, n° 42, 25 Octobre 2016, act. 381.

<sup>4</sup> CEDH *Barras c. France*, 9 avril 2015, req. n° 12686/10.

<sup>5</sup> CEDH *Bellet c. France*, 4 décembre 1995, § 31, série A n° 333-B.

<sup>6</sup> CEDH 9 avril 2015, préc.

<sup>7</sup> *Ibid.*

<sup>8</sup> Cf. *supra* : § 2 « Domaine de l'autorité de la chose jugée », B « Enonciations revêtues de l'autorité de la chose jugée », 2 « Formalisme de la jurisprudence actuelle ».

<sup>9</sup> *Ibid.*

<sup>10</sup> Civ. 2, 17 novembre 2021, n° 19-23298 (B).

La rigueur de l'obligation de concentration des moyens connaît deux atténuations : l'existence d'un fait nouveau survenu depuis la décision revêtue de l'autorité de la chose jugée et une définition légale plutôt stricte de la notion de demande nouvelle en appel.

a. Survenance d'un fait nouveau depuis la décision revêtue de l'autorité de la chose jugée<sup>1</sup>

En premier lieu, l'autorité de la chose jugée est écartée « *lorsque des événements postérieurs sont venus modifier la situation antérieurement reconnue en justice* »<sup>2</sup>. En effet, le juge n'a statué qu'en se fondant sur les faits existant lors de sa décision. Si, conformément, à dire vrai, à une jurisprudence traditionnelle et ancienne, un fait nouveau est survenu depuis lors, le plaideur sera donc recevable à former une demande reposant sur ce fait, sans que l'autorité de la chose jugée puisse lui y être opposée.

Ex. lorsqu'un précédent jugement a déclaré la demande d'un syndicat de copropriétaires « irrecevable » en raison du défaut d'habilitation du syndic à agir en justice<sup>3</sup>, viole l'article 1351 du code civil l'arrêt qui, pour déclarer la nouvelle demande de ce syndicat irrecevable, retient que l'habilitation du syndic postérieurement à ce jugement ne constitue pas un fait juridique nouveau justifiant une nouvelle saisine du tribunal<sup>4</sup>.

Néanmoins, la Cour de cassation se montre stricte dans l'appréciation de cette condition : elle écarte l'existence d'un fait nouveau permettant de passer outre à l'autorité de la chose jugée, dans plusieurs hypothèses. D'une manière générale, en effet, un fait nouveau s'entend uniquement, selon elle, d'un fait qui ne soit pas imputable au plaideur qui forme la nouvelle demande.

- Tout d'abord, selon la Cour de cassation, le caractère nouveau de l'événement permettant d'écarter la fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée ne peut résulter de ce que la partie qui l'invoque, avait négligé d'accomplir en temps utile une diligence prescrite à peine d'irrecevabilité de sa prétention<sup>5</sup>. Cette jurisprudence est éminemment critiquable. Par hypothèse, en effet, le juge ne statue pas au fond sur une prétention irrecevable. La solution de la Cour de cassation revient donc à opposer au plaideur l'autorité de la chose non jugée, pour déclarer irrecevable sa prétention réitérée<sup>6</sup> !
- Ensuite, la Cour de cassation considère qu'une nouvelle jurisprudence ou un revirement de jurisprudence ne constitue pas la survenance d'un fait nouveau, de nature à tenir en échec l'autorité de la chose jugée acquise par la précédente décision<sup>7</sup>.

Cette dernière solution semble, de prime abord, surprenante, car, dans une telle hypothèse, le plaideur ou son conseil n'aura pas toujours méconnu son obligation de concentration des moyens dès de la première instance. Si, en effet, le revirement de jurisprudence ou la jurisprudence inédite n'était pas objectivement prévisible, on ne peut lui reprocher de ne pas l'avoir anticipé.

Mais il est vrai que la jurisprudence n'est pas officiellement une source de droit, puisque l'article 5 du Code civil interdit aux juges de prendre des arrêts de règlement. Un revirement de jurisprudence ne se présentant que comme une interprétation d'un texte légal ou réglementaire, faisant corps avec celui-ci, est donc, par définition, rétroactif. Il ne saurait dès lors jamais constituer un fait nouveau, si les mots ont un sens.

- Enfin, l'invocation d'un moyen juridique nouveau, fondé sur des faits déjà existants à l'époque où la première décision a été rendue, ne caractérise pas, bien entendu, la survenance ou de la révélation d'un fait nouveau, de nature à faire échec à l'autorité de la chose jugée<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> Chainais et alii, *Procédure civile*, n° 1205.

<sup>2</sup> Civ. 2, 6 mai 2010, n° 09-14737, B. II, n° 88 ; *Procédures* 2010, n° 283, obs. J. Junillon ; *RTD civ.* 2010, 615, obs. R. Perrot ; Civ. 1, 16 avril 2015, n° 14-13280, B. I, n° 95 ; Civ. 3, 28 mars 2019, n° 17-17501 (P) ; Civ. 2, 10 décembre 2020, n° 19-12140 (P), § 7.

<sup>3</sup> Il eût été plus exact de déclarer cette demande nulle en raison de l'irrégularité de fond dont elle était entachée, à savoir un défaut de pouvoir, visé par l'article 117 du Code de procédure civile (*cf. supra* : 1ère partie « L'accès au juge », titre I « L'action en justice », chap. II « Régime de l'action en justice », section 2 « Exercice de l'action en justice », § 1 « Conditions d'exercice de l'action en justice »). Dans cette affaire, les juges ont commis une confusion classique entre le défaut de qualité pour agir en son propre nom, cause d'irrecevabilité de la demande et le défaut de pouvoir d'agir au nom d'autrui, irrégularité de fond entraînant la nullité de la demande. Mais, du point de vue de l'autorité de la chose jugée, l'erreur ainsi commise n'avait pas d'incidence.

<sup>4</sup> Civ. 2, 6 mai 2010, préc.

<sup>5</sup> Civ. 1, 19 septembre 2018, n° 17-22678 (P) ; *BICC* n° 895, 1er février 2019, n° 77 ; *D. Actualité*, 11 oct. 2018, note C. Bléry ; *Procédures* 2018, *comm.* 322, note Y. Strickler ; *Ann. loyers* novembre 2018, p. 77, note B. Brignon.

<sup>6</sup> Th. Le Bars « Réflexions désabusées sur la réforme permanente de la justice civile », *in* : C. Chainais et X. Lagarde (dir.), *L'avenir du procès civil (2ème séminaire de droit processuel)*, *JCP* 2019, suppl. au n° 14, 8 avril 2019, p. 22 et suiv., n° 7.

<sup>7</sup> Civ. 2, 5 février 2009, n° 08-10679, B. II, n° 33 ; *D.* 2009, 1060, note Ch. Paul-Loubière ; *D.* 2010, *Pan.* 170, obs. N. Fricero ; *D.* 2010, 528, obs. Cl. Creton ; *RTD civ.* 2009, 493, obs. P. Deumier ; Civ. 1, 24 septembre 2009, n° 08-10517, B. I, n° 177 ; *D.* 2009, *AJ* 2433 ; *JCP* 2009, retour sur n° 401, note C. Bléry ; *RDC* 2010, 144, obs. P. Puig ; *RTD civ.* 2010, 129, obs. P.-Y. Gautier, 147, obs. Ph. Théry et 155, obs. R. Perrot.

<sup>8</sup> Civ. 2, 10 décembre 2020, n° 19-12140, préc. : cassation, pour violation de l'article 1355 du Code civil, de la décision qui écarte



b. Définition stricte de la notion de demande nouvelle en appel<sup>1</sup>

La possibilité offerte au plaideur ayant succombé en première instance de provoquer une évolution du litige au second degré, est de nature à compenser en partie les restrictions à son droit d'agir qu'un élargissement de la portée de l'autorité de la chose jugée entraîne fatalement. En effet, l'article 565 du Code de procédure civile adopte une définition stricte de la demande nouvelle, que l'article 564 du même code déclare irrecevable en appel<sup>2</sup>.

Aux termes de l'article 565, plus précisément : « *Les prétentions ne sont pas nouvelles dès lors qu'elles tendent aux mêmes fins que celles soumises au premier juge même si leur fondement juridique est différent.* » En d'autres termes, dès lors que la demande formée en appel a le même objet qu'une prétention déjà soumise aux juges de première instance, elle est recevable malgré sa nouveauté. Ainsi le plaideur qui a omis de concentrer ses moyens en première instance, est-il recevable à compléter son argumentation en appel.

§ 4 Portée de l'autorité de la chose jugée

Il convient de distinguer la portée de l'autorité de la chose jugée à l'égard des parties et à l'égard des tiers.

A. Portée de l'autorité de la chose jugée à l'égard des parties

L'autorité de la chose jugée s'impose aux parties à un double point de vue.

1. Portée de l'autorité de la chose jugée au regard du fond du droit

En ce qui concerne le fond du droit, l'autorité de la chose jugée implique que le plaideur dont le droit a été reconnu peut se prévaloir du jugement. Le fait que le juge se soit prononcé en sa faveur est acquis. A l'inverse, pour celui qui a perdu le procès, il lui est désormais interdit de soumettre à un même tribunal ce qui a déjà été jugé. Sa demande serait irrecevable, en application de l'article 122 du Code de procédure civile<sup>3</sup>. Si, du reste, l'article 122 envisage l'autorité de la chose jugée uniquement comme une fin de non-recevoir affectant une demande en justice, ce moyen de défense peut, par extension, tendre à l'irrecevabilité d'un moyen de défense, et non d'une demande<sup>4</sup>.

La Cour de cassation considérait traditionnellement que la fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée n'étant en principe pas d'ordre public<sup>5</sup>, ne pouvait être relevée d'office par le juge<sup>6</sup>. Elle dérogeait néanmoins à ce principe en certaines matières, notamment en matière d'état des personnes, matière d'ordre public par excellence<sup>7</sup>. Un décret n° 2004-836 du 20 août 2004 est venu modifier l'article 125, alinéa 2, du Code de procédure civile, en conférant, d'une manière générale, le pouvoir au juge de soulever d'office la fin de non-recevoir tirée de la chose jugée. Mais la Cour de cassation persiste à attribuer parfois à la fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée un caractère d'ordre public, obligeant ainsi le juge à la relever d'office, conformément à l'article 125, alinéa 1er, du code<sup>8</sup>.

---

l'autorité de la chose jugée attachée à un précédent jugement, aux motifs que des emprunteurs ayant empêché la réalisation de la condition suspensive de vente d'une maison affectant leur obligation de remboursement, celle-ci doit être réputée accomplie en application de l'ancien article 1178 du Code civil – remplacé depuis par l'article 1304-3 du Code civil –, alors que la première décision avait débouté le prêteur de sa demande en remboursement du prêteur, au motif que, le bien n'ayant pas été vendu, la condition était défaillie.

<sup>1</sup> Chainais et alii, *Procédure civile*, n° 1210.

<sup>2</sup> Cf. *infra* : titre II « Les voies de recours », chap. II « Les voies de recours ordinaire », section 1 : « L'appel », § 3 « Effets de l'appel », B. « Effet dévolutif ».

<sup>3</sup> Cf. *supra* : « L'action en justice », « Existence de l'action en justice ».

<sup>4</sup> Civ. 3, 18 octobre 2018, n° 17-14799 (P) ; *Dalloz actualité*, 26 oct. 2018, note C. Bléry ; *Gaz Pal.* 29 janvier 2019, p. 57, obs. M. Kebir, préc. : en l'espèce, la fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée était opposée à une fin de non-recevoir, mais les juges l'ont écartée, faute d'identité d'objet avec un moyen de défense antérieur, qu'une précédente décision avait définitivement écarté.

<sup>5</sup> Cf. par ex. Civ. 2, 7 avril 2016, n° 15-11000.

<sup>6</sup> Civ.1, 24 octobre 1951, *J.C.P.* 1952, II, 6806, note R. Perrot ; Com. 21 mars 2000, *Petites affiches* n° 226, 13 novembre 2000, p. 15, note M. Petitier ; Civ. 2, 4 décembre 2003, *B. II*, n° 365.

<sup>7</sup> Civ. 1, 19 mai 1976, *B. I*, n° 184.

<sup>8</sup> Civ. 2, 14 janvier 2021, n° 19-17758 (P) : vu notamment les articles 1355 du Code civil et 125, alinéa 1er, du Code de procédure civile, « *Le juge est tenu de relever d'office la fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée attachée à une décision*

## 2. Portée de l'autorité de la chose jugée au regard de la procédure

En ce qui concerne la procédure, ce jugement va bénéficier d'une double présomption de validité et de régularité. Mais au lendemain du jugement, cette présomption a une force provisoire qui ira en se fortifiant au fur et à mesure que les voies de recours seront utilisées ou au contraire auront fait l'objet d'une renonciation. Plusieurs distinctions s'imposent à ce sujet :

- Lorsque le jugement est rendu, il a autorité de la chose jugée ce qui implique que lorsque l'exécution provisoire est possible, il peut être exécutoire, mais il n'a pas encore force de chose jugée. Ce jugement ne va acquérir force de chose jugée que lorsqu'il ne sera plus susceptible d'aucun recours suspensif.
- Lorsque ce jugement a force de chose jugée, il est exécutoire mais il n'est pas encore irrévocable. En effet, un jugement n'est irrévocable que lorsque les délais des voies de recours ordinaires et extraordinaires sont expirés ou qu'il en a été fait usage sans succès<sup>1</sup>.

## B. Portée de l'autorité de la chose jugée à l'égard des tiers<sup>2</sup>

L'autorité de la chose jugée ne s'impose pas aux tiers, mais le jugement ne leur en est pas moins opposable.

### 1. Relativité de l'autorité de la chose jugée

L'autorité de la chose jugée est relative, ce qui signifie qu'elle ne joue qu'entre les parties à l'instance (article 1351, nouvel article 1355 du Code civil) : *res inter alios judicata aliis neque nocere neque prodesse potest*. Elle ne s'étend pas aux tiers : le jugement ne peut créer de droits ou d'obligations à leur encontre.

### 2. Opposabilité du jugement aux tiers

Néanmoins le jugement est opposable aux tiers<sup>3</sup>. Ceux-ci ne peuvent donc pas ignorer l'existence de la situation juridique substantielle née du jugement.

## Section 3 : Force exécutoire<sup>4</sup>

Un jugement est inutile s'il n'est pas exécuté. Lorsque les jugements rendus au nom de la République sont sans force, parce que les particuliers peuvent se soustraire à leur exécution, la confiance en la loi est ébranlée et la survie de l'État est menacée<sup>5</sup>. Malgré l'injustice de sa condamnation judiciaire à mort, Socrate a justifié son refus de s'y soustraire en s'enfuyant d'Athènes, comme ses amis le lui proposaient, par son engagement de citoyen de toujours vivre sous l'autorité des lois de la cité<sup>6</sup>.

On traitera des caractères et de l'étendue du droit à l'exécution, droit fondamental, avant d'examiner les modalités de son exercice.

## § 1 Caractères et étendue du droit à l'exécution des décisions de justice

Droit fondamental, le droit à l'exécution des décisions de justice rencontre néanmoins certaines limites.

---

*précédemment rendue dans la même instance. »*

<sup>1</sup> C. Bouty, *L'irrévocabilité de l'autorité de la chose jugée en droit privé*, thèse préf. J.-L. Bergel, PUAM, 2008.

<sup>2</sup> L. Boyer « Des effets des jugements à l'égard des tiers », *RTD civ.* 1951, 163 et suiv. *Cf. supra* : « L'action en justice », « Existence de l'action en justice ».

<sup>3</sup> *Cf.* par ex. Civ. 3, 25 février 2016, n° 14-24564.

<sup>4</sup> P. Callé « L'efficacité des décisions de justice », *in* : *Droit et économie du procès civil*, 2010, 219 et suiv. ; P. Hébraud « L'exécution des jugements civils », *RIDC* 1957, 170 et suiv. ; Ch. Hugon « L'exécution des décisions de justice », *in* : *Libertés et droits fondamentaux*, ss. la dir. de R. Cabrillac, 21ème éd., Dalloz, 2015 ; E. du Rusquec « Réflexions sur l'exécution des décisions de justice », *Gaz. Pal.* 1982, *doctr.* 355 ; *L'effectivité des décisions de justice*, Journées ass. Henri Capitant, Paris et Aix, 1985, *Economica*, 1987 ; J. Normand « Les difficultés d'exécution des décisions de justice », *in* : *La terre, la famille, le juge. Etudes offertes à Henri-Daniel Cosnard*, *Economica*, 1990, 393 et suiv.

<sup>5</sup> Platon, *Criton*, trad. M. Croiset, Paris : Les Belles Lettres, 1980, 50 b (Prosopopée des Lois).

<sup>6</sup> *Ibid.*, 50 a – 53 d.

## A. Caractère fondamental du droit à l'exécution des décisions de justice

Ce droit est protégé à la fois conventionnellement et constitutionnellement.

### 1. Valeur conventionnelle du droit à l'exécution des décisions de justice

L'arrêt *Hornsby* de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>1</sup> a déclaré que l'exécution des décisions de justice faisait partie des principes protégés par l'article 6, § 1 de la convention européenne des droits de l'homme relatif au droit à un procès équitable. Il y a donc un droit fondamental à l'exécution du jugement. Dans cet arrêt, la Cour européenne des droits de l'homme retient une interprétation utilitariste de la convention, afin d'assurer leurs droits aux justiciables.

### 2. Valeur constitutionnelle du droit à l'exécution des décisions de justice

De son côté, le Conseil constitutionnel a reconnu une valeur constitutionnelle au droit à l'exécution forcée des décisions de justice. Il a affirmé en effet que ce droit est le corollaire du principe de la séparation des pouvoirs affirmé par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, la force publique devant, si elle y est requise, prêter main-forte à cette exécution<sup>2</sup>.

Plus récemment, le Conseil constitutionnel a ajouté que le droit « *d'obtenir l'exécution des décisions juridictionnelles* » est compris dans celui, garanti par l'article 16 de la Déclaration, des personnes « *à exercer un recours juridictionnel effectif* »<sup>3</sup>.

## B. Limites du droit à l'exécution des décisions de justice

Le droit à l'exécution des décisions de justice connaît toutefois des limites normatives, juridiques et des limites en fait.

### 1. Limites normatives au droit à l'exécution des décisions de justice

Les limites normatives au droit à l'exécution des décisions de justice sont les unes d'ordre supranational, les autres d'ordre interne.

#### a. Limites supra-nationales au droit à l'exécution forcée des décisions de justice

Selon la Cour européenne, ce droit n'est pas absolu. Les États disposent en effet d'une marge d'appréciation et peuvent instaurer une garantie minorée. C'est ainsi que le droit à l'exécution peut s'effacer devant d'autres droits fondamentaux comme le droit au logement<sup>4</sup>. La Cour européenne des droits de l'homme se réserve toutefois un pouvoir d'appréciation de la proportionnalité et de la légitimité des restrictions apportées à ce droit à l'exécution par rapport au but poursuivi<sup>5</sup>.

Même si on comprend les soucis humanitaires qui ont pu guider la Cour européenne, sa jurisprudence constitue un ferment d'inefficacité du droit.

#### b. Limites internes au droit à l'exécution forcée des décisions de justice

Le droit à l'exécution rencontre également des limites juridiques en droit interne, tirée des dispositions du titre IV du Code civil dédié au régime général des obligations. La plupart du temps, en effet, l'exécution forcée d'une obligation requiert l'obtention préalable d'une décision de justice, à

<sup>1</sup> CEDH 19 mars 1997, *Hornsby c/ Grèce*, § 40, D. 1998, J. 74, note N. Fricero ; JCP 1997, II, 22949, note Dubrip et Sudre RTD civ. 1997, 1009, obs. J.-P. Marguénaud et J. Raynard. Dans le même sens : CEDH 22 juillet 1999, *Im. Saffi c/ Italie*, § 63 et suiv., D. 2000, somm. 186, obs. N. Fricero ; RTD civ. 2001, 447, obs. J.-P. Marguénaud. ; CEDH 21 avril 2005, *Lo Tufo c/ Italie*, req. n° 64663/01, § 51 et suiv. ; CEDH, 1<sup>re</sup> sect., 10 avr. 2014, n° 5238/10, *Terebus c/ Portugal*, D. 2015, 1339, obs. A. Leborgne ; CEDH 2ème sect., 13 mars 2018, n° 67957/12, *Procédures* 2018, comm. 147, note N. Fricero. Cf. J. Van Compernelle « Les effectivités d'une nouvelle garantie du procès équitable : le droit à l'exécution du jugement », in : *L'arbitre et le juge étatique : études de droit comparé à la mémoire de Giuseppe Tarzia*, Giuffrè éd., t. I, 653 et suiv.

<sup>2</sup> Cons. const. décision n° 98-403 DC du 29 juillet 1998, cons. 46.

<sup>3</sup> Cons. const. décision n° 2014-455 QPC du 6 mars 2015, cons. 3.

<sup>4</sup> CEDH 22 juillet 1999, *Im. Saffi c/ Italie*, préc., § 69 et suiv. ; CEDH 11 janvier 2001, *Lunari c/ Italie*, req. 21463/93, § 43 et suiv.

<sup>5</sup> *Ibid.*

moins que l'obligation ne soit constatée dans un acte authentique extrajudiciaire comme l'est l'acte notarié. Or l'article 1221 du Code civil reconnaît le droit à l'exécution forcée en nature au créancier de l'obligation, sauf toutefois si celle-ci est « impossible », d'une part, ou bien « s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier », d'autre part<sup>1</sup>.

α) Impossibilité de l'exécution forcée en nature

L'impossibilité d'une exécution en nature de l'obligation peut tenir à des obstacles de fait ou de droit.

• Impossibilité en fait

La destruction de la chose prêtée ou déposée, constitue, par exemple, un obstacle de fait à l'exécution en nature de l'obligation de restitution incombant à l'emprunteur ou au dépositaire.

• Impossibilité en droit

- Un obstacle de droit à l'exécution forcée en nature existe lorsque la prestation est devenue juridiquement illicite, par exemple le service en laquelle elle consistait, est désormais prohibé ou bien le bien que le débiteur s'était obligé à livrer, a été cédé à un tiers qui en est devenu propriétaire.

- L'exécution forcée bute aussi sur un obstacle de droit, lorsque l'obligation présente un caractère éminemment personnel pour le débiteur, si bien que le contraindre à l'exécution porterait atteinte à une liberté fondamentale ou à sa dignité : par exemple, on ne peut contraindre un peintre à dresser le portrait qu'il s'était engagé à faire ou un médecin à ausculter son patient.

L'ancien article 1142 du Code civil dressait un obstacle de droit de principe à l'exécution en nature des obligations de faire ou de ne pas faire. En effet, il disposait que toutes ces obligations se résolvent en dommages-intérêts en cas d'inexécution. Mais la Cour de cassation avait passé outre à la généralité de ce texte, en décidant que l'exécution forcée d'une obligation de faire ou de ne pas faire doit être ordonnée par le juge, lorsqu'elle est possible<sup>2</sup>, c'est-à-dire toutes les fois que cette obligation ne présente pas un caractère éminemment personnel. Dans le sillage de la jurisprudence, l'article 1221 renverse le principe qui était inscrit à l'ancien l'article 1142 du Code civil<sup>3</sup>. D'une manière générale, on le sait, d'ailleurs, l'ordonnance du 10 février 2016 ne distingue plus les obligations de faire, de ne pas faire et de donner.

β) Disproportion manifeste entre le coût de l'exécution forcée pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier

Cette seconde limite au droit à l'exécution forcée en nature est une innovation importante de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations<sup>4</sup>, car elle n'existait pas dans le droit antérieur.

Sans doute quelques décisions avaient-elles limité ce droit, en se fondant sur la théorie de l'abus de droit<sup>5</sup>. Mais la jurisprudence dominante de la Cour de cassation affirmait le droit pour le créancier d'exiger l'exécution forcée en nature, quel qu'en fût le coût pour le débiteur et si minime que fût le manquement que ce débiteur eût commis à ses obligations<sup>6</sup>.

Certains<sup>7</sup> ont vu une application implicite de la théorie de l'abus de droit dans la limite au droit à l'exécution en nature,

<sup>1</sup> Cf. cours de droit des obligations 2ème année.

<sup>2</sup> Civ. 1, 16 janvier 2007, n° 06-13983, B. I, n° 19 ; D. 2007, J. 1119, note O. Gout ; *ibid.* 2966, obs. S. Amrani-Mekki et B. Fauvarque-Cosson ; RDC 2007, 719, obs. D. Mazeaud et 741, obs. G. Viney ; JCP 2007, I, 161, obs. M. Mekki ; CCC 2007, 144, note L. Leveneur ; RTD civ. 2007, 342, obs. J. Mestre et B. Fages.

<sup>3</sup> Cf. Cours de droit des obligations 2ème année.

<sup>4</sup> Fages, *Droit des obligations*, n° 295 ; Deshayes, Génicon et Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (commentaire article par article)*, art. 1221 ; Chantepie et Latina, *Le nouveau droit des obligations (commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil)*, *op. cit.*, n° 638.

<sup>5</sup> Cf. Bénabent, *Droit des obligations*, n° 372 et les décisions citées.

<sup>6</sup> Civ. 3, 11 mai 2005, n° 03-21136, B. III, n° 103 ; RDC 2006, 323, obs. D. Mazeaud ; RTD civ. 2005, 596, obs. J. Mestre et B. Fages ; Civ. 3, 6 juin 2015, n° 14-14612, RDC 2015, 839, obs. Th. Génicon.

<sup>7</sup> Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance du 10 février 2016 ; Bénabent, *op. cit.*, n° 372 ; cf. Deshayes, Génicon et Laithier, *op. cit.*, art. 1221, et les réf. doctrinales.

que l'article 1221 du Code civil instaure de la sorte. En effet, le créancier se voit interdire d'exercer son droit à l'exécution forcée en nature sans utilité économique pour lui-même, en détournant ainsi son droit de sa destination socio-économique, ce qui correspond au critère téléologique de l'abus de droit ardemment défendu par Josserand<sup>1</sup>. Mais, dès lors que la limite apportée au droit du créancier est désormais légale, point n'est besoin de faire appel à cette théorie<sup>2</sup>, à laquelle la jurisprudence ne recourt *a posteriori* que pour tempérer l'exercice critiquable d'un droit à l'intérieur même des limites tracées *a priori* par le législateur.

Pour que le débiteur puisse s'opposer efficacement à l'exécution forcée en nature de son obligation, il faut, aux termes mêmes de l'article 1221 précité, que deux conditions soient cumulativement remplies, l'une subjective tenant à la bonne foi du débiteur, l'autre objective, tenant à la disproportion manifeste entre le coût de l'exécution forcée pour le débiteur et son intérêt pour le créancier.

- Bonne foi du débiteur

La nécessité, pour le débiteur, d'être de bonne foi pour pouvoir invoquer les dispositions de l'article 1221 du Code civil, constitue un ajout de la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 portant ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 réformant le droit des contrats, le régime général et la preuve des obligations. En effet, dans sa version initiale, issue de l'ordonnance, l'article 1221 ne mentionnait pas cette condition.

L'article 1104, alinéa 1er, du Code civil pose déjà le principe général directeur selon lequel « *Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi.* » L'exigence d'une bonne foi du débiteur va donc, en réalité, de soi et sa mention expresse dans l'article 1221 est destinée à souligner que l'exception d'ordre économique que ce texte institue, à l'exécution forcée en nature, ne doit pas permettre à des débiteurs indéliçables de se soustraire à leurs obligations<sup>3</sup>.

La bonne foi se présument (article 2274 du Code civil), c'est au créancier qu'il appartiendra de démontrer que le débiteur ne peut se prévaloir des dispositions de l'article 1221 du Code civil en raison de sa mauvaise foi. Reste à savoir comment la jurisprudence entendra la notion de bonne foi, concept fort malléable, dans l'interprétation de ce texte<sup>4</sup>.

- Disproportion manifeste entre le coût de l'exécution forcée pour le débiteur et son intérêt pour le créancier

La condition objective posée par l'article 1221 du Code civil se dédouble. Le texte exige en effet une « *disproportion* » « *entre le coût de l'exécution forcée pour le débiteur et son intérêt pour le créancier* », d'une part, que cette disproportion soit « *manifeste* », d'autre part.

- Disproportion entre le coût de l'exécution forcée pour le débiteur et son intérêt pour le créancier

Le coût de l'exécution forcée pour le débiteur doit être mis en balance avec son intérêt pour le créancier. Il ne suffirait donc pas au débiteur d'invoquer le coût élevé d'une exécution forcée en nature, pour prétendre s'y soustraire : l'article 1221 du Code civil ne saurait servir de prétexte à une réécriture, à un rééquilibrage indirect du contrat, par une dispense accordée au débiteur d'exécuter une obligation trop onéreuse pour lui<sup>5</sup>. Le coût de l'exécution forcée doit s'apprécier relativement à l'intérêt qu'elle présente pour le créancier, notamment l'avantage réel qu'elle lui procure<sup>6</sup>. Cet intérêt s'apprécie donc subjectivement, par rapport au créancier, et non objectivement, en fonction de l'intérêt économique que l'exécution du contrat présente<sup>7</sup>.

L'article 1221 du projet de la Chancellerie se bornait à prévoir que l'exécution forcée en nature pouvait être refusée « *si son coût est manifestement déraisonnable.* » Mais cette expression inspirée de la *Common Law* avait été très critiquée, parce qu'elle conférait au juge un large pouvoir d'appréciation fondées sur des données

<sup>1</sup> Cf. Cours de droit des obligations 2ème année.

<sup>2</sup> Cf. les réticences de Deshayes, Génicon et Laithier, *op. cit.*, art. 1221 ; Fages, *op. cit.*, n° 295.

<sup>3</sup> M. Mekki « La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 : une réforme de la réforme ? », *D.* 2018, 900, n° 35 ; D. Mazeaud « Quelques mots sur la réforme de la réforme du droit des contrats », *D.* 2018, 912, n° 12.

<sup>4</sup> Mazeaud, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>5</sup> Deshayes, Génicon et Laithier, *op. cit.*, art. 1221.

<sup>6</sup> *Ibid.*

<sup>7</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 638.

économiques. Aussi le texte définitif a-t-il été réécrit pour formuler de manière plus précise la limite apportée au droit à l'exécution forcée en nature<sup>1</sup>.

S'il y a disproportion entre l'intérêt du créancier et le coût pour le débiteur de bonne foi, l'article 1221 a vocation à s'appliquer, mais à la condition que cette disproportion soit manifeste.

- Disproportion manifeste

La disproportion doit être évidente, flagrante, pour que le droit à l'exécution forcée du créancier puisse être légalement tenu en échec. Le législateur a en effet voulu éviter que l'article 1221 du Code civil n'affaiblisse trop sensiblement ce droit, au profit de débiteurs cherchant à se soustraire à leurs obligations<sup>2</sup>. Bien qu'elle présente un caractère objectif, cette exigence corrobore donc celle, subjective, tenant à la bonne foi du débiteur, que la loi de ratification du 20 avril 2018 a ajoutée.

Par ailleurs, l'exécution des décisions de justice peut aussi être retardée. En particulier, le débiteur a la possibilité d'obtenir un délai de grâce<sup>3</sup>. Le principe est posé à l'article 510 du Code de procédure civile. Ce délai de grâce est réglementé par l'article 1343-5 du Code civil<sup>4</sup> et les articles 510 à 513 du Code de procédure civile. Ces dispositions, qui sont d'ordre public (*cf.* article 1343-5, avant-dernier alinéa, du Code civil), revêtent une importance pratique considérable.

L'article 1343-5, alinéa 1er, du Code civil prévoit que le juge peut accorder un délai de paiement au débiteur « ... *compte tenu de la situation du débiteur et en considération des besoins du créancier* ». Le juge doit donc prendre en considération la situation de chacune des parties. Ce délai peut bénéficier au débiteur de n'importe quelle dette, sauf une dette d'aliment (article 1343-5, dernier alinéa).

En principe, le délai de grâce ne peut être accordé que par la décision dont il est destiné à différer l'exécution, au termes de l'article 510, alinéa 1er, du Code de procédure civile. Le juge compétent est donc normalement celui qui statue au fond sur l'obligation litigieuse. Toutefois le pouvoir d'accorder un délai de grâce est également attribué :

- au juge des référés en cas d'urgence (article 510, alinéa 2), d'une part,
- au juge de l'exécution après signification d'un commandement ou d'un acte de saisie (articles 510, alinéa 3, et R. 121-1, alinéa 2, du Code des procédures civiles d'exécution), d'autre part.

Le juge peut décider :

- le report de la dette – la dette sera exigible plus tard que prévue – et/ou l'échelonnement de la dette – la dette sera payable en plusieurs échéances étalées dans le temps, au lieu de l'être immédiatement, le tout dans une limite de deux années (article 1343-5, alinéa 1er).
- La réduction du taux d'intérêt convenu, dans la limite du taux d'intérêt légal ou l'imputation des échéances sur le capital (article 1343-5, alinéa 2, du Code civil).

Dans l'intervalle, les majorations d'intérêts ou les pénalités cessent d'être applicables et les procédures d'exécution sont suspendues (article 1343-5, alinéa 4, du Code civil).

## 2. Limites en fait au droit à l'exécution des décisions de justice

L'exécution d'une décision de justice peut encore être paralysée. Cette paralysie est due à la carence de la force publique et les juridictions administratives admettent que le préfet puisse refuser le recours à la force publique s'il estime l'exécution inopportune en matière de sécurité ou d'ordre public. Néanmoins un tel refus ne peut être opposé qu'à des conditions strictes et justifiera, en tout état de cause, une indemnisation au profit de celui qui se prévaut de la décision de justice inexécutée.

<sup>1</sup> *Ibid.* ; Andreu et Thomassin, *op. cit.*, n° 708.

<sup>2</sup> Fages, *op. cit.*, n° 295.

<sup>3</sup> G. Ripert « Le droit de ne pas payer ses dettes », *D.H.* 1936, *chr.* 57 ; A. Sériaux « Réflexions sur les délais de grâce », *RTD civ.* 1993, 789 et suiv. *Cf.* cours de droit des obligations, pour les aspects civilistes du mécanisme du délai de grâce.

<sup>4</sup> Anciens articles 1244-1 à 1244-3 du Code civil.

- Selon le Conseil constitutionnel, l'autorité administrative ne peut, sans porter atteinte au principe de la séparation des pouvoirs, refuser l'exécution forcée d'une décision de justice que dans des circonstances exceptionnelles tenant à la sauvegarde de l'ordre public<sup>1</sup>.
- En outre, depuis l'arrêt du Conseil d'État *Couitéas* du 30 novembre 1923<sup>2</sup>, on reconnaît que le justiciable est en droit de compter sur le concours de la force publique, s'il est titulaire d'une décision de justice revêtue de la force exécutoire. Par conséquent, refuser le concours de la force publique engage la responsabilité de l'État et le bénéficiaire d'une décision de justice inexécutée a le droit de prétendre à une indemnisation. Il s'agit d'une responsabilité de l'État objective, sans faute, pour rupture de l'égalité des charges entre administrés.

Bien souvent, hélas, en pratique, l'exécution forcée d'un jugement se ramène à un véritable parcours du combattant, pour différentes raisons : manque de compétence et d'empressement d'un certain nombre d'huissiers qui, forts de leur monopole, se montrent plus soucieux de leur rémunération à l'acte par la partie poursuivante que de l'efficacité réelle de leurs actes, réticences de la puissance publique à prêter son concours à l'exécution forcée lorsqu'elle est requise – expulsion de squatteurs, par exemple –, recommandations discutables voire intempestives de la CNIL... Comme le dit le proverbe, il y a loin de la coupe aux lèvres...

La loi du 9 juillet 1991 pourtant réforme des voies d'exécution, dont les dispositions sont désormais codifiées à l'intérieur du Code des procédures civiles d'exécution, et des réformes postérieures ont, il est vrai, fort opportunément, renforcé l'efficacité du titre exécutoire. Néanmoins il reste du chemin à parcourir pour amener systématiquement à résipiscence les plaideurs de mauvaise foi ayant succombé dans une procédure civile. Un renforcement de l'arsenal pénal y contribuerait certainement<sup>3</sup>, à la condition naturellement que les juges ne se montrent pas trop timorés dans son application, comme c'est malheureusement souvent le cas. Mais son adoption suppose un courage politique qui fait cruellement défaut. En tout cas, l'avocat doit avoir conscience que sa mission d'assistance de son client ne s'achève pas avec un jugement favorable et qu'il doit l'accompagner tout au long de la phase d'exécution.

## § 2 Modalités d'exercice du droit à l'exécution des décisions de justice

Il convient de distinguer à cet égard l'exécution normale et l'exécution provisoire des décisions de justice.

### A. Exécution normale d'une décision de justice

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

#### 1. Conditions de forme de l'exécution

L'exécution de la décision requiert, en principe et sauf exceptions, l'apposition de la formule exécutoire sur une copie du jugement et la notification de ce jugement en copie.

##### a. La formule exécutoire

L'apposition de la formule exécutoire sur la décision dont l'exécution est poursuivie est exigée, sauf si la décision est exécutoire sur minute.

<sup>1</sup> Cons. const. décision n° 98-403 DC préc., cons. 46.

<sup>2</sup> CE 30 novembre 1923, *Couitéas*, req. n° 38284 48688, *Rec.* 789.

<sup>3</sup> L'article 314-7 du Code pénal prévoit certes le délit d'organisation frauduleuse d'insolvabilité ; mais celui-ci n'est constitué que lorsque le débiteur s'est soustrait frauduleusement, en organisant ou aggravant son insolvabilité, à l'exécution d'une « *condamnation de nature patrimoniale prononcée par une juridiction répressive ou, en matière délictuelle, quasi délictuelle ou d'aliments, prononcée par une juridiction civile* ». Mais cette infraction soulève des difficultés de preuve considérable, car elle suppose établi que l'insolvabilité a été frauduleusement organisée ou aggravée, et non pas réellement subie. En outre, conformément au principe d'interprétation stricte de la loi pénale, le débiteur qui se soustrait à une autre condamnation judiciaire que celles limitativement énumérées par le texte n'est pas exposé à des poursuites pénales. Il n'en va autrement que pour les commerçants ou les personnes exerçant une activité professionnelle à titre indépendant : si leur entreprise a été admise au bénéfice d'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire, leurs agissements visant à organiser ou aggraver leur insolvabilité tombent sous le coup de délits assimilés à la banqueroute frauduleuse (articles L. 654-1, L. 654-9, 3° et L. 654-14 du Code de commerce). De nombreux débiteurs peuvent donc impunément se soustraire frauduleusement à des condamnations judiciaires sans risquer d'être pénalement sanctionnés, et ils ne s'en privent pas.

α) Principe de l'exigence de la formule exécutoire

Pour qu'un jugement puisse être exécuté, l'article 502 du Code de procédure civile exige qu'il soit revêtu de la formule exécutoire. Cette formule exécutoire, dont le contenu actuel est défini par le décret du 12 juin 1947 constitue tout simplement un ordre donné aux personnes compétentes de prêter main-forte pour faire exécuter la décision. Elle se retrouve sur l'expédition de la décision, appelée encore la grosse.

β) Dérogation : décision exécutoire sur minute

Néanmoins l'article 502 réserve des cas où la loi n'exige pas la formule exécutoire. C'est ainsi par exemple, que la formule exécutoire n'est pas exigée lorsque la décision est exécutoire sur minute, par exemple une ordonnance de référé lorsque le juge l'a prévu (article 489 du Code de procédure civile) ou bien une ordonnance sur requête (article 495, alinéa 2, du Code de procédure civile). La minute est l'original de la décision de justice, alors que la grosse n'en est qu'une copie exécutoire.

b. La notification du jugement

Si le jugement ne peut en principe être exécuté tant qu'il n'a pas été notifié, il arrive exceptionnellement qu'il le puisse sans notification préalable.

α) Principe de l'exigence d'une notification

L'article 503, alinéa 1er, du Code de procédure civile indique qu'à défaut d'exécution volontaire, un jugement ne peut pas être exécuté contre celui auquel il est opposé, s'il n'a pas été notifié revêtu de la formule exécutoire. Cette notification préalable se justifie par le respect des droits de la défense : avant de mettre à exécution forcée, une décision, il faut informer l'adversaire du contenu de la décision et de ses possibilités d'attaquer cette décision.

On rappellera que, sauf dispositions légales contraires, la notification d'un jugement s'opère par voie de signification, selon l'article 675 du Code de la procédure civile<sup>1</sup>.

Lorsque la condamnation résulte d'un jugement de première instance confirmé en appel, l'exécution forcée est subordonnée à la signification de l'arrêt et du jugement, selon la Cour de cassation<sup>2</sup>. En effet, la seule lecture de l'arrêt confirmatif ne permet pas nécessairement au destinataire de la notification de connaître précisément les condamnations prononcées à son encontre. C'est donc, ici encore, le respect des droits de la défense qui justifie ce formalisme exigeant.

β) Dérogation pour certaines décisions

Dans certains cas, l'exécution peut néanmoins avoir lieu sans notification. Les mesures d'instruction exécutées à l'initiative du juge le sont sans signification, au vu d'un extrait ou d'une copie certifiée conforme du jugement (article 154). Semblablement la présentation d'une décision exécutoire sur minute vaut notification (article 503, alinéa 2, du Code de procédure civile).

2. Conditions de fond de l'exécution

Aux termes de l'article 501 du Code de procédure civile : « *Le jugement est exécutoire à partir du moment où il passe en force chose jugée, à moins que le débiteur ne bénéficie d'un délai de grâce ou le créancier de l'exécution provisoire.* »

En principe, le jugement doit donc être passé en force de chose jugée, c'est-à-dire qu'il ne doit plus être susceptible d'un recours suspensif d'exécution. Plus précisément, l'article 500 du Code de procédure civile attribue cette force de chose jugée à deux catégories de jugement.

Tout d'abord, selon l'alinéa 1er du texte, a force de chose jugée le jugement qui n'est susceptible d'aucun recours suspensif d'exécution. Ensuite, l'alinéa 2 du texte attribue aussi cette force de chose jugée au

<sup>1</sup> Cf. *supra* : Chap. III « Notification et publicité du jugement ».

<sup>2</sup> Civ. 2, 30 juin 2022, n° 21-10229 (B).



jugement qui n'est plus susceptible d'un recours suspensif d'exécution. A cet égard, il faut bien distinguer deux situations : soit le jugement n'est plus susceptible de recours suspensif parce que le recours n'a pas été exercé dans le délai imparti et l'expiration de ce délai confère à ce jugement la force de chose jugée ; soit le jugement n'est plus susceptible d'un recours suspensif parce que le recours a été exercé et jugé et donc épuisé, car dans cet hypothèse, l'effet suspensif se poursuit jusqu'à ce que la décision soit rendue. Ce qu'il importe, en définitive, de retenir c'est qu'en principe, le recours par voie ordinaire et le délai ouvert pour son exercice sont suspensifs de l'exécution (article 539 du Code de procédure civile). Les voies de recours ordinaire sont, on le rappelle, l'appel et l'opposition.

En revanche, et corrélativement, les voies de recours extraordinaires et le délai ouvert pour les exercer ne sont pas suspensifs d'exécution, à moins que la loi n'en dispose autrement (article 579 du Code de procédure civile). Il faut donc bien dissocier ces deux types de recours, ordinaire et extraordinaire. Néanmoins, bien qu'il soit une voie de recours extraordinaire, le pourvoi en cassation est exceptionnellement suspensif d'exécution en matière de nationalité ou de divorce. Dans les autres matières, où il ne l'est pas, en raison de son caractère extraordinaire, l'article 1009-1 du Code de procédure civile prévoit des mesures coercitives, pour contraindre le perdant demandeur au pourvoi à respecter le caractère exécutoire de la décision qu'il attaque. Le premier président de la Cour de cassation ou son délégué peut en effet, à la demande du défendeur au pourvoi, décider le retrait du rôle de l'affaire, lorsqu'il apparaît que le demandeur au pourvoi ne justifie pas avoir exécuté en totalité les condamnations prononcées contre lui<sup>1</sup>. L'article 1009-3 prévoit que la réinscription de l'affaire ne s'effectuera que sur justification de l'exécution de la décision attaquée.

Cependant le décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019 a indirectement remis en cause cette opposition entre le caractère suspensif des voies ordinaires de recours et le caractère non suspensif des voies de recours extraordinaires. En effet, en sa rédaction issue de ce décret, l'article 514 du Code de procédure civile énonce désormais : « *Les décisions de première instance sont de droit exécutoires à titre provisoire à moins que la loi ou la décision rendue n'en dispose autrement.* » Bien que l'appel et l'opposition soient des voies de recours ordinaires, leur exercice et le délai pour les exercer ne sont donc, en réalité, la plupart du temps plus suspensifs d'exécution, nonobstant les termes de l'article 539<sup>2</sup>.

D'après la présentation officielle du Code de procédure civile, malgré tout, l'exécution normale demeure une exécution conditionnée ; pour bénéficier d'une exécution immédiate malgré l'absence de ces conditions, il faut obtenir l'exécution provisoire.

## B. Exécution provisoire d'une décision de justice

En théorie, il s'agit d'une dérogation à l'exécution normale d'une décision de justice, puisque cette exécution provisoire permet à la partie gagnante du procès de faire exécuter la décision dès la signification malgré l'effet suspensif du délai des voies de recours ou malgré l'exercice même de l'une de ces voies de recours ordinaires.

Cette exécution provisoire présente de nombreux intérêts :

- elle permet de déjouer une éventuelle manœuvre dilatoire du perdant, qui ne forme appel que dans le but de retarder le moment où l'adversaire pourra obtenir satisfaction.
- Elle permet de ne pas subir les inconvénients de la lenteur de la justice : entre le prononcé du jugement et le temps où celui-ci devient exécutoire, un temps plus ou moins long peut s'écouler et cette durée, lorsqu'elle est excessive, est nuisible aux intérêts de la partie gagnante. Donc, on accepte de neutraliser l'effet suspensif du jugement en prononçant l'exécution provisoire.

<sup>1</sup> Selon la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH 14 novembre 2000, *Annoni di Gussola et a. c/ France*, § 50 et suiv., D. 2001, *somm.* 1061, obs. N. Fricero ; *Procédures* 2001, n° 41, obs. H. Croze ; *RTD civ.* 2001, 445, obs. J.-P. Marguénaud), eu égard au caractère extraordinaire du recours en cassation et de la nécessité d'assurer l'exécution des décisions de justice, ce mécanisme ne méconnaît pas en soi les exigences d'un procès équitable résultant de l'article 6, § 1, de la convention EDH. Cependant sa mise en œuvre doit être proportionnée par rapport à l'objectif légitime poursuivi, de manière à ne pas porter atteinte à la substance même du droit au recours devant la Cour de cassation (même arrêt, § 53 et suiv. ; CEDH 25 septembre 2003, *Bayle c/ France*, *BICC* 2003, n° 1351 ; D. 2004, *somm.* 988, obs. N. Fricero ; CEDH 18 janvier 2005, *Carabasse c/ France*, *RTD civ.* 2005, 337, obs. J.-P. Marguénaud). Cf. A. de Guillenchmidt-Guillot « La radiation des pourvois du rôle de la Cour de cassation et la constatation de la péremption », *BICC* n° 678, 15 mars 2008, p. 6 et suiv.

<sup>2</sup> Chainais et *alii*, *op. cit.*, n° 1302 et n° 1357.

Mais, comme l'article L. 110-10, alinéa 2, du Code des procédures civiles d'exécution le précise, cette exécution se fait aux risques et périls de celui qui la poursuit<sup>1</sup>. Elle a une portée limitée puisqu'elle ne s'effectue qu'à titre provisoire.

Les règles gouvernant l'exécution provisoire ont été profondément remaniées par le décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019 pris en application de la loi « Belloubet » du 23 mars 2019. Il en est résulté un régime très complexe et bien difficile à assimiler non seulement par le justiciable, mais encore par les praticiens du droit, magistrats ou avocats. Il n'y a vraiment pas lieu de s'en féliciter. Les réformes facilement compréhensibles sont les meilleures.

On traitera du domaine de l'exécution provisoire, puis de ses effets.

### 1. Domaine de l'exécution provisoire

Les articles 514 à 524 du nouveau code de procédure civile distinguent deux situations : l'exécution provisoire de droit et l'exécution provisoire facultative.

#### a. Exécution provisoire de droit

L'exécution provisoire de droit ou légale est attachée automatiquement à la décision par le seul effet de la loi. Autrement dit, la partie qui en bénéficie n'a pas à la demander et le juge n'a pas à l'ordonner. Certains jugements comportent la mention « jugement exécutoire de plein droit », mais cela n'a aucune portée.

Aux termes de l'article 514 du Code de procédure civile, en sa rédaction issue du décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019 : « *Les décisions de première instance sont de droit exécutoires à titre provisoire à moins que la loi ou la décision rendue n'en dispose autrement.* »

Désormais l'exécution provisoire de droit de la décision de première instance est donc le principe, mais ce principe connaît des exceptions.

#### α) Principe de l'exécution provisoire de droit

Avant le décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019, le domaine de l'exécution provisoire était déjà extrêmement vaste, à tel point qu'en pratique, l'exécution provisoire avait fini par absorber le principe de l'effet suspensif auquel il est censé déroger. En pratique, la majorité des décisions de justice bénéficiaient en effet d'une exécution provisoire. C'en était devenu à un tel point que, lors du rapport Coulomb, rendu il y a quelques années à la Chancellerie, des voix s'étaient fait entendre pour renverser la tendance. Aussi le rapport avait-il préconisé d'admettre un principe d'exécution immédiate des décisions de première instance, quel que soit le recours ouvert. Ce rapport visait à mettre en harmonie la théorie et la pratique, avec le souci de renforcer l'effectivité des décisions de justice. Ce rapport avait prospéré, puisque le gouvernement déposa un projet consacrant le principe d'exécution immédiate du jugement, en l'assortissant de limites protectrices. Mais ce projet avait suscité un débat tellement vif, qu'il avait été finalement enterré.

Le législateur est cependant revenu victorieusement à la charge avec le décret du 11 décembre 2019. En sa rédaction issue de ce décret, l'article 514 du Code de procédure civile pose en effet dorénavant la règle selon laquelle la décision de première instance est de droit exécutoire par provision. Le principe de l'effet suspensif de l'appel et de l'opposition est donc largement vidé de son contenu.

Cette réforme a surtout été dictée par des considérations budgétaires. En diminuant l'efficacité de l'appel, qui ne permet plus de faire échec à une exécution immédiate de la majorité des décisions de première instance, le législateur dissuade le justiciable d'exercer cette voie de recours et diminue ainsi l'engorgement du rôle des cours d'appel.

Certes, le principe de l'exécution provisoire de droit des décisions de première instance permet de combattre efficacement les appels dilatoires. Mais il présente le défaut de contraindre la partie ayant succombé en première instance à exécuter une décision peut-être mal rendue, alors même qu'elle en aura relevé à juste titre appel. A défaut de

<sup>1</sup> Civ. 3, 1er juillet 1998, *Procédures* 1998, n° 240, obs. R. Perrot ; Civ. 2, 22 janvier 2004, *B. II*, n° 18 ; *Procédures* 2004, n° 73, obs. R. Perrot ; Ass. plén. 24 février 2006, *B. ass. plén.*, n° 2 ; *D.* 2006, *J.* 1085, note R. Perrot ; *D.* 2006, I.R. 747, n.d.l.r. ; *JCP* 2006, II, 10063, note H. Croze ; *RTD civ.* 2006, 368, obs. Ph. Théry et 376, obs. R. Perrot ; Civ. 3, 20 octobre 2016, n° 15-13450 ; Civ. 2, 30 janvier 2020, n° 18-25305, *Gaz. Pal.* 28 avril 2020, p. 55, obs. Th. Habu-Groud ; Civ. 2, 17 septembre 2020, n° 19-17721 (P) ; A. Moreau « L'exécution provisoire, un avantage dangereux pour le créancier poursuivant », *D.* 2006, *Point de vue*, 524.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Panthéon-Assas  
Licence droit 3ème année Melun 2023-2024

s'exécuter ou d'avoir consigné les sommes auxquelles le juge l'a condamné en première instance (article 521 du Code de procédure civile), l'appelant s'expose en effet à voir son affaire radiée du rôle de la cour d'appel tant qu'il n'aura pas justifié avoir exécuté ou consigné (article 524, alinéa 1er, du Code de procédure civile). Or, avec la multiplication des cas où le juge statue à juge unique, parfois un magistrat exerçant à titre temporaire aux compétences incertaines, comme dans le contentieux de la protection, et la masse de dossiers dont chaque magistrat a à connaître, les risques d'erreurs se sont considérablement accrus. La réforme sera donc parfois à l'origine d'injustices.

En plus de l'article 514 du Code de procédure civile, disposition à portée générale, des textes particuliers attribuent le caractère exécutoire de droit par provision, en tant que de besoin, à certaines décisions de première instance. Ainsi, par exemple<sup>1</sup> :

- les décisions ordonnant ou liquidant une astreinte (article R. 131-4 du Code des procédures civiles d'exécution),
- les jugements du conseil des prud'hommes qui ne sont susceptibles d'appel que par suite d'une demande reconventionnelle, ceux ordonnant la délivrance au salarié de documents obligatoires tels un certificat de travail ou des bulletins de paie ou, dans certaines limites, condamnant l'employeur au paiement de salaires et diverses indemnités légales (articles R. 1454-14 et 1454-28 du Code du travail combinés).

Ces dispositions spécifiques présentaient surtout de l'intérêt naguère, où elles dérogeaient au principe selon lequel les décisions de première instance n'étaient pas assorties de droit de l'exécution provisoire, que le juge pouvait simplement ordonner de manière facultative. Aujourd'hui elles ne représentent que des applications particulières du droit commun de l'exécution provisoire.

### β) Dérogations au principe de l'exécution provisoire de droit

D'après l'article 514 *in fine* du Code de procédure civile, la loi ou la décision rendue peuvent priver celle-ci de son caractère exécutoire de droit par provision.

Ainsi certaines dispositions légales ôtent-elles exceptionnellement à des décisions de première instance leur caractère exécutoire par provision de droit. Par exemple, l'article 1074-1 du Code de procédure civile énonce que les décisions du juge aux affaires familiales qui mettent fin à l'instance ne sont pas, de droit, exécutoires à titre provisoire, sauf exceptions<sup>2</sup>.

Mais la juridiction de première instance peut aussi écarter l'exécution provisoire de droit attachée normalement à sa décision. Cette faculté n'est toutefois pas ouverte pour toutes les décisions de première instance et son exercice est soumis à des conditions (article 514-1 du Code de procédure civile). Le premier président de la cour d'appel ou le magistrat chargé de la mise en état de l'affaire devant la cour peut, en outre, la rétablir.

#### • Décisions dont l'exécution provisoire de droit ne peut être judiciairement écartée

La juridiction de première instance peut écarter l'exécution provisoire de sa décision, sauf lorsque cette décision est de celles énumérées limitativement par l'article 514-1, alinéa 3. Aux termes de cette disposition, en effet, le juge ne peut écarter l'exécution provisoire de droit dans les cas suivants :

- il statue en référé,
- il prescrit des mesures provisoires pour le cours de l'instance,
- il ordonne des mesures conservatoires,
- il accorde une provision au créancier en qualité de juge de la mise en état.

#### • Conditions auxquelles l'exécution provisoire de droit peut être judiciairement écartée

Les conditions posées par l'article 514-1 attestent que l'exécution provisoire doit rester le principe. En effet, le juge ne peut écarter l'exécution provisoire de droit, en tout ou partie, que

<sup>1</sup> Par interprétation des articles R. 121-21 et R. 121-22 du Code des procédures civiles d'exécution, on peut aussi être tenté de ranger les décisions du juge de l'exécution parmi les jugements assortis de l'exécution provisoire de droit. Cependant certains auteurs (Ph. Gerbay « Arrêt d'exécution provisoire ou sursis à l'exécution de l'astreinte liquidée ? », *Procédures* octobre 2009, n° 8), contestent cette solution, au motif que législateur a, par ces textes, soumis ces décisions à un régime particulier, en prévoyant que le délai d'appel et l'appel lui-même n'avaient en principe pas d'effet suspensif en la matière, et non pas en dérogeant, à proprement parler, au principe de l'effet suspensif de l'appel. La querelle apparaît surtout verbale (*cf.* toutefois, pour une astreinte liquidée par un juge de l'exécution : Cass. avis 27 juin 1994, *B. Avis*, n° 18), d'autant qu'on peut légitimement s'interroger sur le caractère véritablement suspensif de l'appel d'une manière générale depuis le décret du 11 décembre 2019.

<sup>2</sup> Selon l'article 1074-1, alinéa 2, les décisions du juge aux affaires familiales statuant sur l'autorité parentale, une pension alimentaire, une contribution à l'entretien ou à l'éducation des enfants ou la contribution aux charges du mariage sont de droit exécutoires par provision.

s'il estime qu'elle est incompatible avec la nature de l'affaire (alinéa 1er). Il statue, d'office ou à la demande d'une partie, par décision spécialement motivée (alinéa 2).

• Juridiction pouvant écarter l'exécution provisoire de droit

L'exécution provisoire de droit ne peut être écartée que par la décision en cause (article 514-2 du Code de procédure civile). On doit donc respecter la règle de la simultanéité : c'est en rendant sa décision que le juge en écarte l'exécution provisoire de droit.

En revanche, par dérogation à cette règle de simultanéité, l'article 514-4 du Code de procédure civile prévoit que le rétablissement de l'exécution provisoire, écartée par la décision de première instance, peut être ultérieurement ordonné. Des conditions strictes doivent néanmoins être réunies :

- Appel de la décision de première instance doit avoir été relevé.
- Le rétablissement est ordonné par le premier président de la cour d'appel, saisi en référé (article 514-6), ou, dès lors qu'il est saisi, au magistrat chargé de la mise en état.
- Il est nécessaire qu'il y ait urgence, que ce rétablissement soit compatible avec la nature de l'affaire et qu'il ne risque pas d'entraîner des conséquences manifestement excessives.

Le rétablissement de l'exécution provisoire de droit peut être subordonné, à la demande d'une partie ou d'office, à la constitution d'une garantie, réelle ou personnelle, suffisante pour répondre de toutes restitutions ou réparations (article 514-5).

La décision rendue par le premier président est insusceptible d'un pourvoi en cassation (article 514-6).

b. Exécution provisoire facultative

L'exécution provisoire peut également être ordonnée par le juge, à la demande des parties ou d'office. On parle alors d'exécution provisoire judiciaire ou facultative, car le juge a le pouvoir d'accorder ou non cette exécution provisoire, laquelle n'est pas de droit.

Le domaine de l'exécution provisoire facultative, ses conditions et la juridiction pouvant l'ordonner seront étudiés successivement.

α) Domaine de l'exécution provisoire facultative

L'exécution provisoire n'est facultative que lorsque la loi l'a prévu (article 515, alinéa 1er du Code de procédure civile), par dérogation au principe de l'exécution provisoire de droit des décisions de première instance (article 514).

β) Conditions de l'exécution provisoire facultative

Deux conditions doivent être cumulativement remplies. L'exécution provisoire doit en effet être compatible avec la nature de l'affaire et elle ne peut être prononcée que si elle est nécessaire (article 515, alinéa 1er, du Code de procédure civile).

χ) Juridiction pouvant ordonner l'exécution provisoire facultative

L'article 516 précise en outre que l'exécution provisoire ne peut être ordonnée que par la décision qu'elle est destinée à rendre exécutoire. On doit donc respecter, ici encore, la règle de la simultanéité : c'est en rendant sa décision que le juge ordonne l'exécution provisoire. Mais, par dérogation expresse à cette règle de la simultanéité, le juge d'appel peut ordonner après coup l'exécution provisoire, la rétablir dans trois cas :

- Lorsque l'exécution provisoire a été refusée par le premier juge, la partie gagnante peut demander au premier président statuant en référé ou au magistrat chargé de la mise en état, selon les cas, de lui accorder l'exécution provisoire, à la double condition qu'un appel ait été

formé<sup>1</sup> et qu'il y ait urgence (article 517-2 du Code de procédure civile).

- De même, si le premier juge n'a pas statué sur l'exécution provisoire, car elle ne lui avait pas été demandée (article 517-3 du Code de procédure civile).
- De même enfin, si le premier juge n'a pas statué sur l'exécution provisoire alors même qu'elle lui avait été demandée (article 517-3 précité).

Dans tous ces cas, le premier président statue en référé, par une ordonnance insusceptible d'un pourvoi en cassation (article 517-4).

## 2. Effets de l'exécution provisoire

L'exécution provisoire entraîne des effets généraux de nature à placer la partie condamnée dans une situation délicate. Aussi est-il parfois possible d'en solliciter l'arrêt ou, à tout le moins, l'aménagement.

### a. Effets généraux de l'exécution provisoire

Ces effets sont différents pendant l'instance d'appel ou d'opposition et à l'issue de cette instance.

#### α) Effets durant l'instance d'appel ou d'opposition

La question des effets de l'exécution provisoire n'a d'intérêt que si la voie de recours suspensive ouverte a été formée ou que le délai pour l'intenter court encore. Dans ces conditions, l'exécution provisoire a pour effet immédiat de fournir un titre exécutoire au créancier nonobstant l'appel ou l'opposition. Selon l'article L. 111-10, alinéa 1er, du Code des procédures civiles d'exécution, le créancier bénéficiaire de l'exécution provisoire peut recourir à l'exécution forcée avec toutes les conséquences qui s'y attachent, sous réserve de quelques limites, prévues à l'article L. 311-4 du même code.

On rappellera toutefois que l'exécution forcée immédiate ne peut entrer en vigueur qu'après notification du jugement qui l'ordonne (article 503 du Code de procédure civile).

De plus, l'article 524 du Code de procédure civile dispose que, si l'exécution provisoire était de droit ou bien a été ordonnée, le premier président ou, dès qu'il est saisi, le conseiller de la mise en état peut, en cas d'appel, décider, à la demande de l'intimé et après avoir recueilli les observations des parties, de radier l'affaire du rôle lorsque l'appelant ne justifie pas avoir exécuté la décision frappée d'appel – ou avoir procédé à la consignation si celle-ci avait été autorisée par le juge<sup>2</sup>. A peine d'irrecevabilité prononcée d'office, l'intimé doit cependant former sa demande en radiation dans le délai légal dont il dispose pour conclure (article 524, précité).

Cette radiation peut donc être ordonnée dès lors que l'appelant n'exécute pas le jugement entrepris, sauf toutefois si l'exécution « *serait de nature à entraîner des conséquences manifestement excessives ou que l'appelant est dans l'impossibilité d'exécuter la décision.* »

Il y a là une incitation très forte à exécuter le jugement assorti de l'exécution provisoire, mais en même temps une véritable atteinte au droit d'appel, ce qui fait qu'un certain nombre de premiers présidents ont refusé, par le passé, d'utiliser les pouvoirs qu'ils tiennent de l'article 524<sup>3</sup>, en invoquant parfois sa contrariété à l'article 6, § 1, de la Convention EDH. En effet, la radiation peut déboucher, à terme, sur une péremption de l'instance faisant perdre le droit au recours<sup>4</sup>.

Cependant la Cour européenne a jugé que, pourvu qu'elle soit admise à des conditions strictes, la radiation pour défaut d'exécution ne porte pas en soi une atteinte disproportionnée au droit d'appel par rapport au but recherché et qu'en conséquence, elle ne méconnaît pas les exigences d'un procès équitable au sens de l'article 6, § 1 précité<sup>5</sup>. Sous cette réserve d'un contrôle concret par la Cour européenne de son respect des exigences d'un procès équitable, la radiation pour

<sup>1</sup> Peu importe que ce soit la partie condamnée ou celle qui sollicite l'exécution provisoire qui ait relevé appel (Paris 23 février 1976, *Gaz. Pal.* 1976, 2, 632).

<sup>2</sup> *Cf. infra* : 3. « Aménagement de l'exécution provisoire ».

<sup>3</sup> Article anciennement numéroté 526 du Code de procédure civile.

<sup>4</sup> CEDH 14 nov. 2006, n° 348/03, *ONG c/ France, Procédures* 2007, n° 63, obs. N. Fricéro.

<sup>5</sup> CEDH 31 mars 2011, n° 34658/07, *Chatellier c/ France* ; CEDH 10 oct. 2013, n° 37640/11, *Pompey c/ France, Dr. et proc.* 2013, 277, obs. D. Cholet ; *Procédures* 2013, n° 344, obs. N. Fricéro ; *JCP* 2014, 436, n° 7, obs. S. Amrani-Mekki.

défaut d'exécution est donc conventionnelle.

Bien que l'article 524, alinéa 3, qualifie la décision de radiation de mesure d'administration judiciaire – d'une manière générale, au demeurant, l'article 383, alinéa 1er, du Code de procédure civile qualifie les décisions de radiation de mesures d'administration judiciaire – et que l'article 537 du même code exclue tout recours contre de telles mesures, la Cour de cassation a jugé que l'ordonnance par laquelle le conseiller de la mise en état radiait l'affaire en application de l'article 526, devenu depuis l'article 524, pouvait faire l'objet d'un recours en cas d'excès de pouvoir<sup>1</sup>.

La notification de la décision ordonnant la radiation fait courir le délai de péremption de deux ans (article 524, avant-dernier alinéa) – article 386 du Code de procédure civile. Néanmoins celui-ci est interrompu par un acte manifestant sans équivoque la volonté d'exécuter (même texte)<sup>2</sup>. Le premier président ou le conseiller de la mise en état peut, soit à la demande des parties, soit d'office, après avoir invité les parties à présenter leurs observations, constater la péremption (même texte).

Le premier président ou le conseiller de la mise en état autorise, sauf s'il constate la péremption, la réinscription de l'affaire au rôle de la cour sur justification de l'exécution de la décision attaquée (article 524, dernier alinéa).

### β) Effets à l'issue de l'instance d'appel ou d'opposition

Il convient aussi de savoir ce qu'il adviendra de l'exécution provisoire à l'issue de l'instance d'appel ou d'opposition. A dire vrai, les effets sont radicalement différents selon que le jugement qui bénéficie de l'exécution provisoire est confirmé, ou bien au contraire modifié suite à une réformation ou à une rétractation.

- Confirmation du jugement assorti de l'exécution provisoire

Cette hypothèse est la plus simple. Lorsque le jugement est confirmé sur l'appel ou l'opposition effectuée par le débiteur, l'exécution définitive se substitue tout simplement à l'exécution provisoire. Autrement dit, le créancier conserve le bénéfice de l'exécution initialement poursuivie et s'il avait dû fournir des garanties, celles-ci deviennent désormais sans objet.

- Infirmité ou rétractation du jugement assorti de l'exécution provisoire

Lorsque, au contraire, le jugement exécuté à titre provisoire est infirmé ou rétracté, les risques que le créancier a accepté de courir se réalisent et il devra en supporter toutes les conséquences. Il doit tout d'abord restituer tout ce qu'il a obtenu du débiteur de manière à ce que l'on revienne au *statu quo*. Se pose donc la délicate question des restitutions à effectuer.

Si l'exécution a porté sur une somme d'argent, il devra restituer au perdant de première instance cette somme d'argent, mais aussi tous les intérêts légaux de cette somme qui auront couru à compter de la signification de l'arrêt infirmatif<sup>3</sup>.

Il y a des cas où, en revanche, une restitution est difficile ou carrément impossible. Par exemple, le gagnant en première instance ayant obtenu un meuble corporel, bénéficiant de l'exécution provisoire, a vendu ce meuble à un tiers qui va se prévaloir après la signification du jugement d'appel de l'article 2276, alinéa 1er, du code civil.

Le créancier s'expose à une autre conséquence : il devra aussi réparer le préjudice subi par le perdant en première instance du seul fait de l'exécution forcée qui a été poursuivie contre lui, sans qu'il soit nécessaire d'établir une faute à son encontre<sup>4</sup>. Ni la circonstance que la décision soit exécutoire de plein droit, ni l'autorisation d'exécution provisoire donnée par le juge n'est une cause d'exonération de responsabilité.

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

<sup>1</sup> Civ. 2, 9 janvier 2020, n° 18-19301 (P) ; *Gaz. Pal.* 28 avril 2020, p. 51, obs. J. Théron : radiation de l'affaire par le conseiller de la mise en état, alors que le jugement frappé d'appel n'était pas assorti de l'exécution provisoire à l'égard d'un des appelants.

<sup>2</sup> Selon la Cour de cassation (Civ. 2, 19 novembre 2020, n° 19-25100 (P) ), constitue un tel acte, un acte d'exécution significative de la décision ; le caractère significatif s'apprécie en considération du dispositif du jugement entrepris

<sup>3</sup> Ass. plén. 3 mars 1995, *D.* 1995, *J.* 249, concl. M. Jéol ; *JCP* 1995, II, 22482, note Ph. Delebecque ; *RTD civ.* 1995, 687, obs. R. Perrot ; Com. 20 janvier 1998, *D.* 1999, 261, note M. Cottin.

<sup>4</sup> Civ. 2, 22 janvier 2004, préc. ; Ass. plén. 24 février 2006, préc. ; Civ. 2, 30 janvier 2020, préc. ; Civ. 2, 17 septembre 2020, préc.

de l'exécution provisoire ou au moins l'aménagement de cette exécution provisoire.

b. Arrêt de l'exécution provisoire

Cet arrêt implique que l'effet suspensif de l'effet de l'appel ou de l'opposition est tout simplement restauré et que l'exécution forcée ne peut plus être engagée. Les articles 514-3 (exécution provisoire de droit) et 517-1 du Code de procédure civile (exécution provisoire facultative) le subordonnent à de strictes conditions, soumises à l'examen des juridictions compétentes pour l'ordonner.

α) Juridiction compétente pour arrêter l'exécution provisoire

Il convient de distinguer entre l'appel et l'opposition.

• Décision frappée d'appel

Les articles 514-3 et 517-1 du Code de procédure civile disposent que la compétence appartient aux premiers présidents des cours d'appel et qu'elle est subordonnée à un appel préalable. Le plaideur condamné avec exécution provisoire commence donc par faire appel du jugement et immédiatement après, il assigne son adversaire en référé devant le premier président de la cour d'appel aux fins d'arrêt de l'exécution provisoire, conformément aux dispositions des articles 514-6 ou 517-4 du Code de procédure civile.

• Décision frappée d'opposition

En cas d'opposition, et non pas d'appel, les articles 514-3, dernier alinéa, et 517-1, dernier alinéa, investissent expressément le juge qui a rendu la décision, d'un pouvoir identique à celui du premier président pour arrêter l'exécution provisoire en cas d'appel. La solution est logique, puisque l'opposition est une voie de rétractation et non une voie de réformation devant une juridiction hiérarchiquement supérieure.

D'une manière générale, il faut aussi envisager, en réalité, la compétence indirecte d'autres juges. Par exemple, le juge de l'exécution est, certes, incompétent en principe pour arrêter l'exécution provisoire. Mais l'exécution forcée relève de sa compétence exclusive et, à ce titre, il est tout à fait compétent pour trancher les difficultés touchant à l'exécution forcée d'une décision exécutoire à titre définitif ou provisoire.

β) Conditions d'un arrêt de l'exécution provisoire

Les possibilités de restaurer l'effet suspensif sont fort limitées, que l'exécution provisoire soit de droit ou facultative. Il convient d'emblée de souligner que, quand bien même les conditions légales d'un arrêt de l'exécution provisoire seraient réunies, le juge a le pouvoir, et non l'obligation, de l'ordonner. De surcroît, comme on le verra, sa décision à cet égard n'est susceptible d'aucun recours.

• Arrêt de l'exécution provisoire de droit

Enoncées par l'article 514-3, alinéa 1er, du Code de procédure civile, les conditions d'un arrêt de l'exécution provisoire de droit par le juge d'appel sont strictes. Elles sont au nombre de deux et doivent être cumulativement remplies :

- Existence d'un moyen sérieux d'annulation ou de réformation du jugement de première instance
- Exécution risquant d'entraîner des conséquences manifestement excessives.

La notion de conséquences manifestement excessives a soulevé quelques interrogations. Tout en concédant que leur appréciation relève du pouvoir souverain des juges du fond<sup>1</sup>, la Cour de Cassation a dû préciser que le premier président ne peut arrêter l'exécution provisoire que si elle implique, pour la partie condamnée, des conséquences manifestement excessives compte tenu de ses facultés de paiement et des facultés de remboursement de l'adversaire<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Civ. 2, 6 décembre 2007, D. 2008, 652, obs. Sommer.

<sup>2</sup> Soc. 13 juillet 1999, Procédures 1999, n° 272, obs. Sportouch.

L'article 514-3, alinéa 2, se montre encore plus exigeant lorsque la partie qui sollicite l'arrêt de l'exécution provisoire a comparu en première instance sans faire valoir d'observations sur l'exécution provisoire. Sa demande n'est en effet recevable que si, outre l'existence d'un moyen sérieux d'annulation ou de réformation, l'exécution provisoire risque d'entraîner des conséquences manifestement excessives qui se sont révélées postérieurement à la décision de première instance. Cette chausse-trappe mesquine, typiquement technocratique, ne peut qu'être déplorée. En tout cas, il est vivement conseillé aux avocats d'insérer, dans leurs conclusions de première instance, une ligne visant à contester l'exécution provisoire accompagnant la décision à intervenir, afin de prévenir l'irrecevabilité de l'article 514-3, alinéa 2.

En revanche, selon l'article 514-3, alinéa 3, lorsque le juge ayant rendu une décision par défaut est saisi d'une demande en arrêt de l'exécution provisoire formée par la partie qui a formé opposition à cette décision, seule la seconde condition précitée est requise : il suffit au demandeur d'établir que l'exécution provisoire de la décision risque d'entraîner des conséquences manifestement excessives.

- Arrêt de l'exécution provisoire facultative

L'article 517-1 ne permet au juge d'appel d'arrêter l'exécution provisoire facultative que si les deux conditions cumulatives précitées sont remplies, à moins que l'exécution provisoire ordonnée ne soit interdite par la loi :

- Existence d'un moyen sérieux d'annulation ou de réformation de la décision de première instance
- Exécution risque d'entraîner des conséquences manifestement excessives

Là encore, si l'arrêt de l'exécution provisoire est sollicitée par la partie défaillante ayant relevé opposition du jugement l'ayant ordonnée, seule la seconde condition doit être remplie pour que le juge puisse le prononcer.

χ) Recours contre la décision se prononçant sur l'arrêt de l'exécution provisoire

La décision rendue par le premier président n'est pas susceptible d'un pourvoi en cassation (articles 514-6 et 517-4 du Code de procédure civile)<sup>1</sup>. Aucun recours n'est donc ouvert pour la quereller.

Quant à la décision du juge rendue sur opposition, elle n'est pas susceptible d'appel, car si l'appel était ouvert, l'opposition serait, par hypothèse, fermée (article 473 du Code de procédure civile). Le pourvoi en cassation demeurerait théoriquement recevable à l'encontre de cette décision, les articles 514-6 et 517-4 ne l'excluant que contre la décision du premier président rendue en cas d'appel.

c. Aménagement de l'exécution provisoire

Il permet au juge de limiter au juge les risques pour le débiteur en prescrivant des mesures qui vont le garantir contre la future insolvabilité éventuelle des créanciers. L'aménagement de l'exécution provisoire est assez largement ouvert.

α) Aménagement de l'exécution provisoire facultative

Il consiste en la constitution soit d'une garantie réelle ou personnelle, soit d'une somme ou de valeurs.

- Constitution d'une garantie réelle ou personnelle

L'article 517 du code de procédure civile permet au juge de subordonner l'exécution provisoire à la constitution d'une garantie réelle ou personnelle suffisante pour répondre de toute restitution ou réparation. Lorsque cette garantie est ordonnée par le juge qui a accordé l'exécution provisoire, elle prend souvent la forme d'un cautionnement bancaire. Cette garantie est minutieusement réglementée par les articles 518 à 523 du nouveau code de procédure civile. Ceux-ci permettent au juge la substitution à la garantie primitive d'une garantie équivalente.

<sup>1</sup> Ancien article 525-2 du Code de procédure civile, créé par le décret n° 2014-1338 du 6 novembre 2014 portant simplification de la procédure devant la Cour de cassation.



Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Panthéon-Assas  
Licence droit 3ème année Melun 2023-2024

- Consignation d'une somme ou de valeurs

Un autre texte important est l'article 521, alinéa 1er, du code de procédure civile, prévoyant que la partie condamnée au paiement de sommes autres que des aliments, des rentes indemnitaires ou des provisions peut éviter que l'exécution provisoire soit poursuivie par le biais d'une consignation. Autrement dit, sur autorisation du juge, la partie condamnée va concéder les espèces ou valeurs suffisantes pour garantir en principal le montant de la condamnation. Les biens devant être consignés sont déterminés par le juge.

En cas de versement d'un capital en réparation d'un dommage corporel, le juge peut ordonner que ce capital soit versé à un séquestre qui reversera au fur et à mesure une part que le juge déterminera (article 521, alinéa 2, du Code de procédure civile).

β) Aménagement de l'exécution provisoire de droit

Le rejet de la demande tendant à voir écarter ou arrêter l'exécution provisoire de droit et le rétablissement de l'exécution provisoire de droit peuvent être subordonnés, à la demande d'une partie ou d'office, à la constitution d'une garantie, réelle ou personnelle, suffisante pour répondre de toutes restitutions ou réparations (article 514-5 du Code de procédure civile).

Cette garantie est soumise aux règles édictées par les articles 518 à 523 précités du Code de procédure civile.

## Titre II : Les voies de recours

Les voies de recours sont des voies de droit qui pour objet de remettre en cause une décision de justice.

- En tant qu'elles sont des voies de droit, elles sont un peu comparables à ce qu'est l'action en justice au stade la première instance. Elles sont donc subordonnées à certaines conditions – intérêt, qualité, capacité – qui, sous réserve de quelques variantes, s'apparentent à celles déjà rencontrées à propos de la recevabilité de la demande en justice.
- Mais l'objet propre de ces voies de droit est de remettre en cause ce qui a déjà été jugé. Les voies de recours apparaissent comme une garantie de bonne justice, car les juges sont faillibles. Ces voies de recours existent donc, car l'erreur comme l'injustice sont humaines et qu'il faut permettre aux parties un examen nouveau de leur affaire. En provoquant un nouvel examen du procès, la loi permet la rectification à la fois d'erreurs formelles et permet en outre de remettre en cause le bien jugé du procès quant au fond.
- Les voies de recours ont ainsi un double rôle. Certes, elles ont pour fonction normale de redresser un « mal jugé », soit en fait, soit en droit – réserve faite du pourvoi en cassation qui ne vise qu'à la sanction des erreurs de droit. Mais elles remplissent également une autre fonction, qui est d'obtenir du juge saisi du recours qu'il sanctionne les irrégularités formelles dont la décision frappée de recours pourrait être entachée.

Il peut arriver, en effet, que le jugement ait été rendu dans des conditions irrégulières. En pareil cas, il ne s'agit pas de redresser un « mal jugé », mais d'obtenir l'annulation de la décision de justice critiquée. Or les recours sont le seul moyen d'attaquer un acte juridictionnel, puisque selon le vieil adage « *Voies de nullité n'ont lieu contre les jugements* », repris par l'article 460 du Code de procédure civile, il n'existe pas de voie de nullité principale contre un jugement<sup>1</sup>. Autrement dit, lorsqu'une partie au litige ou un tiers conteste la régularité formelle d'un jugement, il n'a pas d'autre moyen que d'intenter un recours au fond, en se soumettant aux conditions de fond, de procédure et de délai qui en subordonnent l'exercice.

Le code de procédure civile ne donne aucune définition générique des voies de recours : il se borne à édicter quelques dispositions communes à toutes les voies de recours (articles 528 à 537), avant de traiter des différentes voies de recours qu'il prévoit.

Chap. I : Généralités sur les voies de recours

Chap. II : Les voies de recours ordinaires

Chap. III : Les voies de recours extraordinaires

### Chap. I : Généralités sur les voies de recours<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Cf. *supra* : titre I « Le jugement », chap. II « Elaboration du jugement », section 2 « Sanction de la violation des règles d'élaboration du jugement », § 2 « Régime de la nullité des jugements », B. « Mise en œuvre de la nullité ».

<sup>2</sup> K. Salhi, *Contribution à une théorie générale des voies de recours en droit judiciaire privé*, thèse Caen, 2004 ; G. Wiederkehr « Le

Droit fondamental, le droit au recours s'exerce selon différentes voies, qui peuvent être classifiées et qui obéissent à quelques règles communes.

### Section 1 : Le droit au recours, droit fondamental

Affirmé en droit européen comme en droit interne français.

#### § 1 Le droit fondamental au recours en droit européen

A partir du moment où le recours entraîne un nouvel examen de la question ayant donné lieu à la décision attaquée, on pourrait voir dans l'exercice d'une voie de recours le prolongement naturel du droit d'agir en justice. Néanmoins, la Cour européenne des droits de l'homme n'a pas fait du recours un élément du procès équitable au sens de l'article 6, § 1, de la convention européenne des droits de l'homme, puisqu'elle n'impose pas aux États l'obligation d'organiser des recours ni celle d'instituer des juridictions supérieures<sup>1</sup>. Le droit à un recours n'est véritablement reconnu qu'en matière pénale, en vertu de l'article 2 du protocole additionnel n° 7 à la Convention EDH.

On pouvait cependant concevoir une évolution vers une reconnaissance du droit à un recours en matière civile aussi, si l'on s'en tient à une recommandation du conseil des ministres du conseil de l'Europe du 7 février 1995, laquelle prévoyait que toute décision d'un tribunal inférieur devrait être soumise au contrôle d'une juridiction supérieure, tout en admettant des dérogations à ce principe. En outre, il faut aussi tenir compte de ce que la Cour européenne des droits de l'homme impose le respect des exigences du procès équitable lorsque des recours ont été prévus par les États.

#### § 2 Le droit fondamental au recours en droit interne

En France, ce droit fondamental à un recours juridictionnel est assez largement reconnu, tant par le Conseil constitutionnel, que par les juridictions de l'ordre judiciaire.

##### A. La protection du droit fondamental au recours par le Conseil constitutionnel

Deux décisions du Conseil constitutionnel affirment indirectement le caractère fondamental du droit au recours. Tout d'abord, par la décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, le Conseil constitutionnel a affirmé que les autorités administratives indépendantes ne pouvaient infliger de sanctions pécuniaires qu'à la double condition qu'elles soient motivées et que soit préservé l'exercice d'une droit de recours de nature juridictionnelle. Ensuite, dans une autre décision n° 84-183 DC du 18 janvier 1985, le Conseil constitutionnel s'est fondé sur le principe d'égalité pour estimer que les justiciables devaient se voir reconnaître un égal accès à la justice et, partant, aux voies de recours.

##### B. La protection du droit fondamental au recours par les juridictions judiciaires

Mais ce droit fondamental est surtout très largement consacré par la jurisprudence judiciaire à travers la théorie des recours-nullités<sup>2</sup>.

###### 1. Notion de recours-nullité

Le recours-nullité peut se définir comme un recours autonome restauré par la jurisprudence dans des cas exceptionnels où la loi a écarté un recours – ou un recours immédiat – contre une décision entachée d'un vice particulièrement grave. Il est le fruit d'une jurisprudence *contra legem*, car celle-ci fait

---

système des voies de recours en droit judiciaire privé français », *RID comp.* 1989, n° spécial, vol. 11, 225 ; J. Héron « Convention européenne des droits de l'homme et théorie des voies de recours », in : *Mélanges en l'honneur de Pierre Drat*, Dalloz, 2000, 369 et suiv. ; Ph. Delebecque « Les renonciations à recours », in : *Etudes offertes au doyen Philippe Simler*, Dalloz-Litec, 2007, 563 et suiv.

<sup>1</sup> CEDH 17 janvier 1970, *Delcourt c/ Belgique*, série A, n° 11 ; CEDH 22 janvier 1984, *Sutter c/ Suisse* série A, n° 74 ; Chainais et alii, *Procédure civile*, n° 1264 ; G. Closset-Marchal et J.-F. Van Drooghenbroeck « Absence de droit au double degré de juridiction en matière civile », in : *Les voies de recours en droit judiciaire privé*, Bruylant, 2009, 3.

<sup>2</sup> Chainais et alii, *Procédure civile*, n° 1271 et suiv.

renaître un recours que le législateur ou le pouvoir réglementaire avait volontairement écarté. Mais, dès lors qu'elle tend à sanctionner une faute très grave du juge, l'excès de pouvoir, cette jurisprudence assure la protection du droit fondamental à un recours juridictionnel.

La jurisprudence a créé le recours-nullité pour éluder la règle « *voies de nullité n'ont lieu contre les jugements* ». D'après cette règle, reprise par l'article 460 du Code de procédure civile, en effet, seul un recours permet de contester une décision de justice, à l'exclusion d'une action principale en nullité<sup>1</sup>. Si la loi supprime tout recours, la nullité de la décision ne peut donc être prononcée, malgré les vices très graves dont elle peut se trouver entachée. La Cour de cassation ouvre alors un recours-nullité, qualifié de recours autonome<sup>2</sup>, parce qu'il ne dépend pas de l'ouverture d'une voie de réformation ou de rétractation. Ce recours est restauré, puisque la loi l'avait supprimé ou repoussé dans le temps. Il présente dès lors un caractère subsidaire : il n'est pas ouvert, lorsqu'un autre recours permet de critiquer le vice grave affectant la décision du juge.

Selon la nature de la voie de recours que le législateur avait fermée, le recours-nullité peut être, par exemple, un appel-nullité – c'est souvent le cas – ou bien un pourvoi-nullité<sup>3</sup>.

Le terrain d'élection du recours-nullité est le droit des procédures collectives. Il arrive en effet que le législateur, dans le but d'accélérer ces procédures, décide de supprimer tout recours au fond. En matière de procédures collectives, l'objectif est d'assurer la survie des entreprises et des emplois qui lui sont liés. A cet égard, le jugement qui va décider de l'adoption d'un plan de continuation ou de cession de l'entreprise est important. Le législateur a donc voulu éviter d'ébranler sa stabilité en permettant des recours des créanciers.

Mais la jurisprudence est allée contre cette prohibition légale en ouvrant tout de même des recours, dans des conditions cependant strictes. Cette intervention jurisprudentielle ne fait que tenir compte de ce que la nullité d'un jugement ne peut être demandée que par la voie d'un recours au fond, puisque l'article 460 interdit l'action en nullité principale contre un jugement. Or, lorsque les juges du fond commettent un excès de pouvoir ou une grave irrégularité de procédure, il n'y a aucun moyen à la disposition du justiciable pour remédier à la situation, puisqu'il n'y a plus de support juridique pour faire constater la nullité du jugement. C'est un risque que l'on ne peut accepter et c'est la raison pour laquelle la jurisprudence a développé cette théorie des recours autonomes. On parle de recours en nullité, car que le recours ne vise qu'à l'annulation du jugement. On parle de recours autonome, dès lors qu'il n'est pas subordonné à l'exercice de voies de recours, mais au contraire qu'il existe parce que tel recours a été supprimé par la loi.

## 2. Condition d'ouverture du recours-nullité

Cette jurisprudence initialement a concerné principalement l'appel, puis elle s'est étendue à la tierce opposition, à l'opposition et même au pourvoi en cassation. Dans tous les cas, les conditions sont identiques.

### a. Suppression expresse de tout recours ou de tout recours immédiat ou bien limitation d'un recours

La jurisprudence n'admet le recours-nullité que dans les cas où toute voie de recours a été écartée. Aucune autre voie de recours ne doit donc être possible<sup>4</sup>, et surtout pas le pourvoi en cassation<sup>5</sup>.

La jurisprudence a toutefois étendu le recours-nullité aux hypothèses où la voie de recours a été soit différée dans le temps<sup>6</sup>, soit limitée par des conditions spécifiques<sup>7</sup>. Ainsi, notamment, l'appel-nullité peut-il être formé immédiatement à l'encontre d'un jugement avant-dire droit entaché d'excès de pouvoir<sup>8</sup>, alors que normalement, selon l'article 545 du Code de procédure civile, ce

<sup>1</sup> cf. *supra* : Titre I « Le jugement », chap. II « Élaboration du jugement », section 2 « Sanction de la violation des règles d'élaboration des jugements », § 2, B.

<sup>2</sup> cf. cpdt Civ. 2, 8 décembre 2011, B. II, n° 222, énonçant, au contraire, que « *l'appel-nullité, ouvert en cas d'excès de pouvoir, n'est pas une voie de recours autonome* », pour en déduire qu'il emprunte les conditions de forme et de délai de l'appel ordinaire.

<sup>3</sup> Cf. par ex. Com. 12 janvier 2016, n° 13-24058, B. IV, n° 5 ; D. 2016, Chr. C. Cass. 1037, n° 2, obs. F. Arbellot.

<sup>4</sup> Com. 3 mai 2012, B. IV, n° 90.

<sup>5</sup> Civ. 2, 6 décembre 2012, n° 11-24028, B. II, n° 198.

<sup>6</sup> Com. 30 mars 2010, B. IV, n° 68 ; Com. 11 mai 2010, B. IV, n° 87 ; Com. 12 juillet 2011, B. IV, n° 120 ; Com. 22 mai 2012, B. IV, n° 108.

<sup>7</sup> Civ. 1, 28 novembre 2018, n° 17-536 (P) ; BICC n° 899, 1er avril 2019, n° 350.

<sup>8</sup> Civ. 1, 28 avril 1998, B. I, n° 151 ; Procédures 1998, n° 165, obs. R. Perrot ; Civ. 1, 6 février 2008, B. I, n° 38 ; Civ. 1, 17 juin 2009, B. I, n° 129.

jugement ne devrait pouvoir être frappé d'appel indépendamment du jugement sur le fond. De même en va-t-il pour l'appel-nullité contre les décisions avant-dire droit du bureau de conciliation du Conseil de Prud'hommes, alors que le Code du travail énonce que de telles ordonnances ne peuvent être frappées d'appel avant le jugement sur le fond<sup>1</sup>. De même pour une décision de sursis à statuer<sup>2</sup>, laquelle ne peut en principe être frappée d'appel qu'avec l'autorisation du premier président de la cour d'appel et pour motif grave et légitime, conformément à l'article 380 du code de procédure civile.

#### b. Excès de pouvoir

Un vice d'une exceptionnelle gravité doit affecter la décision insusceptible de recours immédiat. Jusqu'à une époque récente, la Cour de cassation ne reconnaissait l'existence d'une tel vice que dans deux cas, lorsqu'un excès de pouvoir avait été commis ou lorsqu'un principe fondamental de procédure avait été violé<sup>3</sup>.

Toutefois la jurisprudence postérieure<sup>4</sup> a restreint le domaine du recours-nullité, en jugeant que le recours-nullité n'est ouvert qu'en cas « d'excès de pouvoir », « consistant pour le juge à méconnaître l'étendue de son pouvoir de juger »<sup>5</sup>.

La Cour de cassation a une acception restrictive de la notion, dont les illustrations concernent surtout le droit des procédures collectives<sup>6</sup>. Ainsi, il a été notamment jugé que ne caractérisent pas un excès de pouvoir, les violations des règles suivantes :

- principe de la contradiction<sup>7</sup> ;
- détermination par les parties de l'objet du litige<sup>8</sup> ;
- obligation de motivation<sup>9</sup> ;
- règles relatives à la présentation des prétentions dans la procédure orale<sup>10</sup> ;
- règles relative à la composition des juridictions<sup>11</sup> ;
- articles 6, § 1 (droit à un procès équitable) et 13 (droit à un recours effectif) de la Convention EDH<sup>12</sup>.

Constitue, en revanche, un excès de pouvoir la violation du principe de séparation des autorités judiciaire et administrative<sup>13</sup>. Est également sanctionné à ce titre l'excès de pouvoir négatif, consistant, de la part du juge judiciaire, à se dessaisir à tort au profit de la juridiction administrative<sup>14</sup>.

### 3. Régime procédural du recours-nullité

Fixé par la jurisprudence, le régime de ces recours-nullité n'est pas exempt d'incertitudes.

#### a. Personnes recevables à former le recours-nullité

<sup>1</sup> Soc. 5 octobre 1978, *B. V*, n° 649 ; Soc. 3 octobre 1985, *B. V*, n° 440.

<sup>2</sup> Civ. 1, 28 novembre 2018, préc.

<sup>3</sup> Com. 25 janvier 1994, *B. IV*, n° 32 ; *D.* 1994, *J.* 379, rapp. M. Pasturel ; cf. encore : Civ. 1, 11 juillet 2006, *B. I*, n° 374 ; comp. Civ. 1, 28 avril 1998, préc. ; Com. 26 avril 1994, *B. IV*, n° 154 : ces arrêts ne citent que l'excès de pouvoir ; Com. 8 janvier 2013, n° 11-26059, *B. IV*, n° 2, sanctionnant un tel excès de pouvoir.

<sup>4</sup> Civ. 1, 28 avril 1998, préc. ; Ch. mixte 28 janvier 2005, *B. ch. mixte*, n° 1 ; *BICC* 15 avril 2005, n° 617 ; Civ. 2, 17 novembre 2005, *B. II*, n° 293 ; Civ. 1, 20 février 2007, *B. I*, n° 61 ; *D.* 2007, 803 ; Com. 30 mars 2010, préc. ; Com. 11 mai 2010, préc. ; Civ. 1, 22 septembre 2010, *B. I*, n° 175 ; Com. 3 mai 2012, préc. ; Com. 22 mai 2012, préc. ; Com. 12 janvier 2016, préc. ; dans le même sens : Civ. 1, 6 février 2008, préc.

<sup>5</sup> Civ. 1, 20 février 2007, préc.

<sup>6</sup> Com. 28 avril 2009, *B. IV*, n° 57 ; Com. 16 juin 2009, *B. IV*, n° 82 ; Com. 16 mars 2010, *B. IV*, n° 55 ; Com. 5 octobre 2010, *B. IV*, n° 149 ; Com. 12 janvier 2016, n° 13-24058, préc. ; Civ. 3, 13 octobre 2016, n° 15-14445, *B. III*, n° 134.

<sup>7</sup> Civ. 1, 28 avril 1998, préc. ; Ch. mixte 28 janvier 2005, préc. ; Civ. 2, 17 novembre 2005, préc. ; Civ. 1, 17 juin 2009, préc. ; Com. 28 janvier 2014, n° 12-25008, *B. IV*, n° 26 ; *D.* 2014, *Chr. C. cass.* 2010, n° 10, obs. F. Arbellot.

<sup>8</sup> Com. 28 janvier 2014, préc.

<sup>9</sup> Com. 26 janvier 2010, *B. IV*, n° 19 ; et, corrélativement, de répondre aux conclusions : Com. 29 avril 2014, n° 12-29666.

<sup>10</sup> Civ. 2, 18 décembre 2008, *B. II*, n° 270.

<sup>11</sup> Civ. 2, 17 novembre 2005, préc.

<sup>12</sup> Com. 8 mars 2011, *B. IV*, n° 35, pour l'article 6, § 1 ; Civ. 2, 9 janvier 2020, n° 18-19301 (P) : *idem* ; Com. 19 juin 2012, *B. IV*, n° 130, pour les articles 6, § 1 et 13.

<sup>13</sup> Civ. 1, 23 février 2011, *B. I*, n° 41.

<sup>14</sup> Civ. 1, 28 novembre 2018, préc.

La jurisprudence de la Cour de cassation est divisée. Selon certains arrêts, le recours-nullité autonome pourrait être exercé par toute personne intéressée, et non pas uniquement par les personnes que la loi autorise à interjeter appel<sup>1</sup>. D'après d'autres arrêts, seule une partie à l'instance a qualité pour former un appel-nullité<sup>2</sup>. Dans tous les cas, en plus de la qualité, un intérêt à agir est requis<sup>3</sup>.

b. Délai pour former le recours-nullité

Ces recours échappent à des règles traditionnelles. Par exemple, ils échappent à l'obligation d'indiquer dans l'acte de notification du jugement le délai du recours<sup>4</sup>, puisque, *a priori*, celui qui notifie pense qu'aucun recours n'est ouvert.

Quant à la durée du délai, elle devrait logiquement être celle de droit commun énoncée dans le Code de procédure civile, étant donné qu'il s'agit de rétablir le recours prohibé ou différé par la loi<sup>5</sup>. Toutefois, selon la jurisprudence, le délai pour intenter un appel nullité en matière de procédure collective n'obéit pas au délai de droit commun du Code de procédure civile, mais aux délais spécifiques prévus en matière de procédure collective.

**Conclusion** : ces recours sont là pour pallier les inconvénients d'une fermeture de toutes les voies de recours par le législateur. Ils sont en réalité le seul moyen d'assurer au tribunal un accès au tribunal et c'est ce qui fait du droit au recours un droit fondamental que le législateur au bout du compte ne saurait supprimer totalement. Dans toutes les hypothèses, il existera toujours un droit fondamental du justiciable de critiquer un jugement irrégulier.

## Section 2 : Classifications des voies de recours

Le Code de procédure civile ne donne pas de définition générique des voies de recours, mais il procède à une énumération de ces voies de recours, que l'on a tout de même tenté de classer, de différentes manières.

### § 1 Voies de rétractation et voies de réformation

La première classification a consisté à distinguer les voies de rétractation des voies de réformation. On exposera le contenu de la classification, puis on en soulignera l'insuffisance.

#### A. Contenu de la classification

Les voies de rétractation sont celles qui permettent de s'adresser à la juridiction même qui a rendu la sentence attaquée en lui demandant de revenir sur sa décision. Tel est le cas de l'opposition ou bien encore du recours en révision. Les voies de réformation permettent de s'adresser à une juridiction hiérarchiquement supérieure à celle qui a rendu la décision en lui demandant de réformer la décision : tel est le cas de l'appel.

#### B. Insuffisance de la classification

Cette classification ne permet pas d'aborder toutes les voies de recours, puisque le pourvoi en cassation ne correspond ni à une voie de réformation ni à une voie de rétractation. En effet, la Cour de Cassation ne rejuge pas l'affaire ; elle n'a pour rôle que de vérifier si la règle de droit a bien été appliquée et le cas échéant de casser la décision.

C'est donc vers une seconde classification que l'on va se tourner, celle retenue par l'article 527 du Code de procédure civile, lequel distingue les voies de recours ordinaires des voies de recours extraordinaires.

<sup>1</sup> Civ. 1, 15 décembre 2011, *B. I*, n° 213.

<sup>2</sup> Com. 15 décembre 2009, *B. IV*, n° 167 ; Civ. 1, 9 juin 2010, *B. I*, n° 131 ; Com. 31 mai 2011, *B. IV*, n° 88.

<sup>3</sup> Com. 14 décembre 2010, *B. IV*, n° 202.

<sup>4</sup> Civ. 2, 18 septembre 2003, *B. II*, n° 284 ; *D.* 2004, *somm.* 1202, obs. P. Julien.

<sup>5</sup> Civ. 2, 8 décembre 2011, *préc.*

## § 2 Voies de recours ordinaires et voies de recours extraordinaires

On exposera le contenu de la classification, avant d'en souligner l'intérêt.

### A. Contenu de la classification

Les voies de recours ordinaires sont des voies toujours ouvertes sauf texte contraire exprès. On les qualifie d'ordinaires, parce qu'elles correspondent à la vision naturelle que l'on a du procès, dominé par deux principes : le principe qui veut que l'on puisse voir juger son procès deux fois par des juges différents, ce qui correspond à l'appel. Ensuite, celui qui veut que l'on puisse être jugé contradictoirement si l'on a été défaillant, tel est le cas de l'opposition.

Quant aux voies de recours extraordinaires, ce sont celles qui sont exceptionnellement ouvertes dans des cas spécifiés par la loi. Elles ont donc un caractère exceptionnel qui tient à plusieurs raisons. On considère par exemple qu'il est exceptionnel qu'un tiers à une instance ait à se plaindre d'un jugement au point de l'attaquer, mais si c'est le cas, il doit pouvoir le faire, c'est ce qui explique la tierce opposition. D'autre part, il est exceptionnel que des éléments de fraude ou de tromperie aient pu déterminer la décision du juge, si c'est le cas néanmoins, le recours en révision doit permettre de réparer l'outrage. Enfin, il est aussi exceptionnel que les juges spécialistes du droit puissent se tromper, néanmoins, il faut permettre à une juridiction de sanctionner un jugement qui ne serait pas conforme au droit, tel est le cas du pourvoi en cassation.

### B. Intérêts de la classification

Cette classification présente des intérêts pratiques, mais qui tendent aujourd'hui à s'estomper.

Tout d'abord, elle explique certaines règles comme celle qui fait qu'on ne peut accéder à l'exercice des voies de recours extraordinaires que si l'on a d'abord épuisé les voies de recours ordinaires<sup>1</sup>. Autrement dit, un plaideur ne saurait cumuler ces catégories de recours ou opter à sa guise pour l'un d'entre eux. En revanche, la tierce opposition ouverte au tiers peut coexister avec l'appel ou l'opposition ouvert à une partie.

Le régime de ces voies de recours n'est pas non plus identique. Le délai pour exercer les voies de recours ordinaires et l'exercice de ces voies suspendent l'exécution, sauf s'il y a exécution provisoire (article 539 du Code de procédure civile). A l'inverse, le délai pour exercer les voies de recours extraordinaires et l'exercice de ces voies ne sont pas suspensifs d'exécution sauf cas exceptionnels (article 579 du Code de procédure civile). Néanmoins l'article 514 du Code de procédure civile décidant désormais que les décisions de première instance sont, de droit, exécutoires à titre provisoire, à moins que la loi ou la décision rendue n'en dispose autrement, l'effet suspensif des voies de recours ordinaires s'en trouve, le plus souvent, anihilé<sup>2</sup>.

Rappel : d'une manière générale, dire qu'une voie de recours contre un jugement a un effet suspensif signifie que cette voie de recours entraîne la suspension de l'exécution de la décision attaquée.

- Arguments en faveur de l'effet suspensif des voies de recours

Exécuter un jugement qui risque d'être remis en cause ultérieurement peut entraîner une situation irréversible. Certes la partie contrainte de s'exécuter pourra toujours réclamer, par exemple, la restitution de ce qu'elle aura payé en exécution du jugement, si celui-ci est finalement mis à néant. Mais la restitution peut se heurter à des obstacles insurmontables, si celui qui doit restituer est devenu insolvable. De plus, certaines condamnations sont encore plus difficiles à effacer, par exemple l'expulsion d'une personne d'un local d'habitation.

- Inconvénient de l'effet suspensif d'une voie de recours

<sup>1</sup> Cf. Civ. 2, 24 janvier 2008, n° 06-19560, B. II, n° 18 : le pourvoi en cassation formé contre une décision susceptible d'appel est irrecevable ; Civ. 1, 14 mai 2014, n° 12-35035, B. I, n° 92 : « celui qui peut former un recours ou un appel contre un jugement n'est pas recevable à le critiquer par la voie de la tierce opposition ».

<sup>2</sup> Chainais et alii, *op. cit.*, n° 1302 et n° 1357. Cf. *supra* : titre I « Le jugement », chap. IV « Effets du jugement », section 3 « Force exécutoire », § 2 « Modalités d'exercice du droit à l'exécution des décisions de justice », B. « Exécution provisoire d'une décision de justice », 1. Domaine de l'exécution provisoire », a. Exécution provisoire de droit ».

Comme il paralyse l'exécution de la décision frappée de recours, un plaideur peut être tenté d'exercer la voie de recours uniquement pour retarder l'issue d'un litige qu'elle sait inéluctable. L'effet suspensif d'une voie de recours encourage donc les manœuvres dilatoires, en même temps qu'il contribue à encombrer inutilement la juridiction hiérarchiquement supérieure, saisie de recours fantaisistes.

Selon que les avantages de l'effet suspensif sont apparus au législateur l'emporter sur ses inconvénients ou l'inverse, un recours est ou non suspensif. Il était apparu opportun au législateur de distinguer, à cet égard, entre les voies de recours ordinaire et les voies de recours extraordinaires. Mais la réforme issue du décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019, pris pour l'application de la loi « Belloubet » du 23 mars 2019, a remis en question cet équilibre, en attribuant par principe aux décisions de première instance un caractère exécutoire de droit par provision (article 514 du Code de procédure civile précité), si bien que l'exercice d'une voie de recours ordinaire est impuissante à en suspendre l'exécution, sauf exception.

### Section 3 : Règles communes aux voies de recours

Au-delà de ces distinctions, ces voies de recours poursuivent toutes une finalité commune : corriger le jugement. C'est ce qui explique qu'elles soient soumises, dans un premier temps, à des dispositions communes exposées aux articles 528 à 537 du Code de procédure civile. Ces règles communes concernent les délais et l'exercice des voies de recours.

#### A. Délais des voies de recours

Les délais diffèrent selon la voie de recours empruntée. Mais ils sont soumis à des règles communes concernant leur point de départ, dont l'inobservation entraîne l'irrecevabilité du recours.

##### 1. Point de départ des délais des voies de recours

En principe, le délai pour exercer une voie de recours court à compter de la notification du jugement à partie. Toutefois, dans certains cas exceptionnels, le délai court même en l'absence d'une telle notification.

###### a. Principe : le délai court à compter de la notification du jugement à partie

Aux termes de l'article 528, alinéa 1er, du Code de procédure civile, le délai des voies de recours court en principe à compter de la notification régulière du jugement. Plus précisément, et même si le texte ne l'indique pas, ce délai court à compter de la notification à partie, que la procédure soit avec ou sans représentation obligatoire. La signification préalable à avocat dans la procédure avec représentation obligatoire ne fait donc pas courir le délai du recours. Ce délai, enfin, court même à l'encontre de celui qui notifie (article 528, alinéa 2).

Le délai peut être interrompu, par un changement dans la capacité de la partie à laquelle le jugement a été signifié ou bien par son décès (articles 531 et 532 du Code de procédure civile)

###### b. Exceptions : délai courant même en l'absence de notification du jugement à partie

- L'absence de notification dans un délai de deux ans à compter du prononcé du jugement empêche la partie qui a comparu d'exercer à titre principal un recours (article 528-1, alinéa 1er, du Code de procédure civile)<sup>1</sup>. « *Cette disposition n'est applicable qu'aux jugements qui tranchent tout le principal et à ceux qui, statuant sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout autre incident, mettent fin à l'instance* » (article 528-1, alinéa 2).
- Par ailleurs, il faut tenir compte des hypothèses exceptionnelles dans lesquelles le délai commence à courir en vertu de la loi<sup>2</sup> dès la date du jugement.

<sup>1</sup> Selon la Cour de cassation (Civ. 2, 6 juin 2013, n° 12-21683, B. II, n° 119 ; *Procédures* 2013, n° 235, note R. Perrot), l'ordonnance de référé prescrivait une mesure d'instruction à futur sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile tranche tout le principal au regard de l'objet du litige qui lui est soumis, si bien que le juge a épuisé sa saisine. En conséquence, l'article 528-1, alinéa 1er, lui est applicable.

<sup>2</sup> A défaut de dérogation légale expresse, le point de départ ne peut être que celui de la notification de la décision : Civ. 2, 26 mars 2015, n° 14-14644, B. II, n° 80.

Ex. ordonnance présidentielle refusant de faire droit à une requête. Le délai d'appel de quinze jours (article 496, alinéa 1er, du Code de procédure civile) court à compter du prononcé de l'ordonnance ou de la date à laquelle le requérant en a eu connaissance, peu important qu'elle n'ait point été notifiée<sup>1</sup>.

## 2. Sanction de la méconnaissance des délais de recours

En principe, cette méconnaissance des délais entraîne l'irrecevabilité du recours. Toutefois le plaideur peut exceptionnellement y échapper s'il bénéficie d'un relevé de forclusion.

### a. Principe : irrecevabilité du recours

L'inobservation des délais impartis pour exercer une voie de recours constitue une fin de non recevoir, que le juge doit relever d'office, aux termes de l'article 125, alinéa 1er, du Code de procédure civile<sup>2</sup>. Ce non respect du délai est donc important, puisqu'il entraîne la forclusion, c'est-à-dire l'irrecevabilité d'un recours qui serait formé tardivement.

### b. Exception : relevé de forclusion

A des conditions strictes, il est néanmoins possible au plaideur d'échapper à cette forclusion, en sollicitant un relevé de forclusion<sup>3</sup>. L'article 540 du Code de procédure civile organise en effet un tel relevé de forclusion, dans les cas où un jugement a été rendu par défaut ou est réputé contradictoire, « *si le défendeur, sans qu'il y ait eu faute de sa part, n'a pas eu connaissance du jugement en temps utile pour exercer son recours, ou s'il s'est trouvé dans l'impossibilité d'agir.* »

## B. Exercice des voies de recours

On traitera des décisions susceptibles de recours, de la liberté d'exercer un recours, des titulaires du recours et des effets du recours.

### 1. Décisions susceptibles de recours

L'exercice d'une voie de recours n'est possible qu'à l'encontre d'un acte juridictionnel<sup>4</sup>. Les mesures d'administration judiciaire (article 537 du Code de procédure civile), les contrats judiciaires et les jugements de donné acte n'entrant pas dans cette catégorie, ne peuvent être l'objet d'un recours.

En revanche, la qualification inexacte d'un jugement par les juges qui l'ont rendu est sans incidence sur le droit d'exercer un recours (article 536, alinéa 1er, du Code de procédure civile). Ainsi, par exemple, l'appel peut être formé contre une décision même qualifiée à tort par le juge qui l'a rendue de jugement en premier et dernier ressort.

Toutefois, si induite en erreur par les termes du jugement, une partie a exercé un recours irrecevable, par exemple un pourvoi en cassation contre un jugement rendu, en réalité, en premier ressort seulement, la décision d'irrecevabilité est notifiée par le greffe à toutes les parties à l'instance du jugement. Cette notification fait courir à nouveau le délai prévu pour l'exercice du recours approprié (article 536, alinéa 2). Cette hypothèse ne doit pas être confondue avec celle, examinée antérieurement<sup>5</sup>, où le plaideur exerce le recours approprié, malgré les énonciations erronées du jugement ou de l'acte de notification de celui-ci. La jurisprudence considère alors que le délai du recours n'a pu commencer à courir, en raison de l'irrégularité de la notification.

### 2. Liberté d'exercer un recours

<sup>1</sup> Civ. 2, 22 février 2007, *RTD civ.* 2007, 385, obs. R. Perrot.

<sup>2</sup> *Cf. supra* : première partie « L'accès au juge », titre I « L'action en justice », chap. II « Régime de l'action en justice », section 2 « Exercice de l'action en justice », § 2 « Mise en œuvre de l'action en justice », B. « Les moyens de défense », 3. « Fins de non-recevoir ».

<sup>3</sup> *Cf. supra* : deuxième partie « L'instance », titre I « Cadre juridique de l'instance », chap. III « Formalisme de l'instance », section 2 « Les délais de procédure ».

<sup>4</sup> *Cf. supra* : titre I « Le jugement », chap. I « Notion de jugement ».

<sup>5</sup> Titre I « Le jugement », chap. III « Notification et publicité du jugement ».



De la même manière que l'exercice initial abusif de l'action en justice, l'exercice abusif d'une voie de recours est sanctionné, par des dommages-intérêts et, le cas échéant, par une amende civile (article 559 du Code de procédure civile, pour l'appel ; art. 581 du même code, pour les voies de recours extraordinaires ; art. 628, plus spécifiquement pour le pourvoi en cassation).

### 3. Titulaires du recours

En principe, les parties à l'instance, exceptionnellement certains tiers.

#### a. Parties présentes ou représentées à l'instance

En application du principe de l'autorité relative de la chose jugée, seules les personnes qui ont été parties ou représentées à l'instance doivent pouvoir remettre en cause le jugement.

#### b. Exceptionnellement tiers à l'instance

Cette règle de base est cependant tempérée par deux règles particulières :

- à travers la tierce opposition, la loi ouvre aux tiers auxquels le jugement fait grief, une possibilité de le contester.
- Celui qui représentait légalement une partie peut, s'il cesse ses fonctions et s'il a un intérêt personnel, exercer en son nom propre le recours ouvert à cette partie et, de la même manière, ce recours est aussi ouvert contre lui (article 534 du Code de procédure civile).

### 4. Effets du recours

*A priori*, les voies de recours suscitent un rebondissement du procès. La question qui se pose alors est la suivante : les débats qui s'ouvrent sur une voie de recours constituent-ils une continuation de l'instance primitive ou une instance nouvelle ? En cas d'opposition ou de recours en révision, on considère que c'est la même instance qui continue, tandis que pour les autres voies de recours, c'est une instance nouvelle qui s'ouvre.

## Chap. II : Les voies de recours ordinaires

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

### Section 1 : L'appel<sup>1</sup>

#### • Définition de l'appel

Sa définition est donnée par l'article 542 du Code de procédure civile : l'appel tend, par la critique du jugement rendu par une juridiction du premier degré<sup>2</sup>, à sa réformation ou à son annulation par la cour d'appel.

#### • Caractères de l'appel

Cette voie de recours présente plusieurs caractères. Tout d'abord, c'est une voie de recours de droit commun, en effet, l'appel est à la disposition de tous les justiciables. Le deuxième degré de juridiction est de droit sauf exceptions. C'est une voie de réformation dans la mesure où l'appel vise à contrôler le bien ou mal jugé en droit et en fait, et ainsi à permettre de réparer les erreurs intellectuelles des premiers juges. C'est une voie d'annulation en ce qu'elle permet d'annuler un jugement irrégulier. Enfin, un dernier caractère se dégage et tient à l'évolution contemporaine de cet appel, il est de plus en plus appréhendé

<sup>1</sup> C. Lefort, *La théorie générale de la voie d'appel*, thèse Angers 2000.

<sup>2</sup> Les mots « *par la critique du jugement entrepris* » ont été ajoutés à l'article 542 par le décret n° 2017-891 du 6 mai 2017 relatif aux exceptions d'incompétence et à l'appel en matière civile, conformément aux vœux d'une partie de la doctrine. Cf. N. Fricero « L'appel nouveau est arrivé », *D. Actualité*, 12 mai 2017 ; S. Amrani-Mekki « L'appel en matière civile : en marche vers un nouvel équilibre procédural ? - À propos du décret n° 2017-891 du 6 mai 2017 relatif aux exceptions d'incompétence et à l'appel en matière civile », *JCP* 2017, *doctr.* 659.

comme une voie d'achèvement du procès<sup>1</sup>.

De nombreuses règles actuelles manifestent clairement une volonté de développer la procédure d'appel afin de vider tout simplement le conflit à ce stade de l'instance. Mais l'appel n'a pas perdu son caractère de voie de réformation pour autant. En sa rédaction issue du décret n° 2017-891 du 6 mai 2017, l'article 542 le confirme. En effet, il énonce désormais que l'appel a pour objet la critique du jugement entrepris. Il en va sans doute de même du pourvoi en cassation, lequel, selon l'article 604 du nouveau Code de procédure civile, vise à la censure de la décision attaquée. Toutefois les deux recours n'en diffèrent pas moins fondamentalement : l'appel permet une discussion en fait et en droit du jugement entrepris, tandis que le pourvoi en cassation n'est recevable que si le demandeur reproche une non-conformité au droit à la décision attaquée.

Certains hauts magistrats<sup>2</sup> ont réclamé un retour à la conception traditionnelle de l'appel réformation, moyennant des aménagements indispensables. En effet, la conception de l'appel voie d'achèvement du procès conduit à une multiplication des recours en appel, retardant d'autant la solution définitive d'un litige au détriment des plaideurs. En contrepartie de ce retour à la conception traditionnelle de l'appel, ces magistrats ont prôné un renforcement de la juridiction de première instance, pour lui permettre de rendre une justice de qualité en tranchant les litiges au fond, et le développement des modes alternatifs de règlement des différends. Ainsi tarirait-on en partie les raisons pour lesquelles les plaideurs interjettent trop systématiquement appel. La réforme préconisée doit s'accompagner, ont-ils fait valoir, une réévaluation du taux du ressort, pour diminuer le volume des affaires jugées à charge d'appel. La diminution du nombre des appels aurait l'avantage de contribuer au désengorgement des juridictions d'appel.

La modification de l'article 901 du Code de procédure civile par le décret n° 2017-891 du 6 mai 2017, relatif aux exceptions d'incompétence et à l'appel en matière civile, constitue un premier pas en faveur d'une restauration de la conception traditionnelle de l'appel réformation. Sauf exceptions prévues par le texte, le plaideur ne saurait se borner à relever appel du jugement de première instance : il lui faut désigner les chefs du jugement entrepris dont il sollicite la réformation (article 901, 4°)<sup>3</sup>.

Surtout, la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 et son décret d'application n° 2019-1333 du 11 décembre 2019 ont imposé en principe le recours préalable du demandeur à un M.A.R.D. dans certains litiges, à peine d'irrecevabilité de sa demande (article 4 modifié de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle, article 750-1 du Code de procédure civile). Le décret d'application de la même loi n° 2009-912 du 30 août 2019 a porté le taux du ressort de 4000 € à 5000 € (articles R. 211-3-24 et R. 211-3-25 du Code de l'organisation judiciaire). Enfin le décret du 11 décembre 2019 a privé en principe l'appel de son caractère suspensif (article 514 du Code de procédure civile).

- Valeur normative de l'appel

Le droit de relever appel d'un jugement en matière civile ne figure pas au nombre des droits reconnus par la Convention européenne des droits de l'homme et, notamment, n'est pas un élément du droit au procès équitable prévu par l'article 6, § 1<sup>4</sup>. La Cour EDH s'est donc montrée, à ce point de vue, plutôt timorée. La seule obligation imposée aux États est de soumettre la voie de recours aux exigences du procès équitable, lorsqu'ils l'ont prévue. Mais il n'y a pas d'obligation positive à la charge des États d'instituer un double degré de juridiction<sup>5</sup>.

Tout en accordant une grande attention à ce principe du double degré de juridiction, le Conseil constitutionnel ne lui reconnaît pas la valeur d'un principe à valeur constitutionnelle<sup>6</sup>. Cependant la juridiction constitutionnelle impose, dans l'accès à l'appel pour le même type d'affaires, un traitement égalitaire des justiciables<sup>7</sup>. Si le législateur est maître d'abroger totalement le principe du double degré de juridiction, il en développe donc le contenu ou le domaine d'application sous le contrôle du Conseil constitutionnel. Selon l'expression employée par certains auteurs, le principe du double degré de juridiction a une valeur « para-constitutionnelle ».

<sup>1</sup> *Repenser l'appel*, actes du colloque du 7 oct. 2016, CA de Paris, *Gaz. Pal.* 31 oct. 2016, n° hors série.

<sup>2</sup> D. Lottin « Filtrage des pourvois et procédures de jugement différenciées, comment faire ? », *Revue de droit d'Assas*, mai 2018, p. 59 et suiv., p. 61.

<sup>3</sup> Sur la constitutionnalité de cette nouvelle exigence légale, contre laquelle des syndicats d'avocats avaient formé un recours pour excès de pouvoir : CE 13 novembre 2019, req. [412255](#), [412286](#), [412287](#), [412308](#) et [415651](#), *Daloz actualités* 6 décembre 2019.

<sup>4</sup> CEDH 8 janvier 1993, *AJDA* 1995, 138, obs. J.-F. Flauss.

<sup>5</sup> *Cf. supra*.

<sup>6</sup> Décision n° 2004-491 DC du 12 février 2004, *JCP* 2005, I, 154, n° 12, obs. M. Verpeaux et B. Mathieu.

<sup>7</sup> *Cf. supra* : « Généralités sur les voies de recours ».

En revanche, pour le Conseil d'État, le double degré de juridiction n'est pas un principe général du droit, auquel seul le législateur peut déroger et qui s'impose au pouvoir réglementaire. Certains arrêts de la haute juridiction administrative l'avaient, il est vrai, laissé penser. Mais, dans un arrêt du 17 décembre 2003<sup>1</sup>, le Conseil d'État a écarté expressément cette qualification, pour en conclure qu'il n'est pas interdit au pouvoir réglementaire « *de prévoir, dans l'exercice de sa compétence, des cas dans lesquels les jugements sont rendus en premier et dernier ressort* ».

On étudiera successivement les conditions, la procédure et les effets de l'appel.

## § 1 Conditions de l'appel

L'appel obéit à des conditions précises de fond, ainsi que de délais et de forme.

### A. Conditions de fond de l'appel

L'article 543 du Code de procédure civile consacre un principe général : le droit de faire appel de tout jugement en toutes matières, même gracieuse, rendu en première instance, sauf si la loi en dispose autrement<sup>2</sup>.

Encore faut-il que la décision rendue soit susceptible d'appel. De plus, il convient d'examiner qui peut être partie à la procédure d'appel.

#### 1. Décisions susceptibles d'appel

La recevabilité de l'appel est indépendante de la qualification donnée à son jugement par le premier juge (article 536, alinéa 1er, du Code de procédure civile, disposition commune à toutes les voies de recours)<sup>3</sup>. L'appel est donc ouvert contre un jugement qualifié à tort en dernier ressort. En revanche, il est irrecevable contre une décision qualifiée à tort de jugement en premier ressort seulement.

Sous le bénéfice de cette précision liminaire, il convient de souligner que l'appel est parfois exclu, parfois différé.

##### a. Exclusion de l'appel

L'appel est impossible à l'encontre des actes non juridictionnels émanant du juge, ainsi qu'à l'encontre des jugements rendus en premier et dernier ressort.

##### α) Actes non juridictionnels

Il découle de l'article 543 précité que l'appel est impossible à l'encontre des actes non juridictionnels, puisqu'ils ne constituent pas des jugements : mesures d'administration judiciaire (article 537 du Code de procédure civile), contrats judiciaires, jugements de donné acte<sup>4</sup>.

##### β) Jugements rendus en premier et dernier ressort

L'appel est également impossible lorsque le législateur l'a exclu, à savoir contre les jugements rendus en premier et en dernier ressort. Ceux-ci sont :

- soit des jugements statuant sur des litiges de faible importance, où la demande est d'un montant inférieur ou égal au taux du ressort<sup>5</sup>, actuellement fixé à 5000 €, depuis un décret du

<sup>1</sup> CE 17 décembre 2003, Req. N° 258253, *Rec.* ; *AJDA* 2004, 712, note J.-P. Markus.

<sup>2</sup> Aussi, à défaut de disposition législative contraire, « *le droit d'exercer cette voie de recours appartient à toute partie qui y a intérêt, si elle n'y a pas renoncé* » (Civ. 2, 9 décembre 1997, n° 95-14666, B. II, n° 305).

<sup>3</sup> *Cf. supra* : « Généralités sur les voies de recours ».

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> Sur la notion de montant de la demande, *cf. supra* : 1ère partie « L'accès au juge », titre II « La compétence », chap. I « Détermination de la compétence », section 1 « Détermination de la compétence d'attribution », § 1 compétence matérielle du tribunal judiciaire », A. « Le tribunal judiciaire, juridiction de droit commun en matière civile », 2. « Portée du caractère de juridiction de droit commun du tribunal judiciaire », b. « Présence éventuelle de chambres de proximité au sein du tribunal judiciaire », γ) « Les actions personnelles ou mobilières jusqu'à 10 000 € et les demandes indéterminées qui ont pour origine l'exécution d'une obligation dont le montant n'excède pas 10 000 € ».

30 août 2019 (articles R. 211-3-24 et R. 211-3-25 du Code de l'organisation judiciaire).

En revanche, lorsque la demande est d'un montant indéterminé, prendrait-elle son origine dans une obligation d'un montant inférieur ou égal à 5000 €, le jugement est susceptible d'appel en l'absence de disposition contraire, conformément au principe que pose l'article 40 du Code de procédure civile :

*« Le jugement qui statue sur une demande indéterminée est, sauf disposition contraire, susceptible d'appel »<sup>1</sup>.*

Les demandes sont indéterminées, lorsqu'elles sont extra-patrimoniales ou lorsque, bien qu'elle soit patrimoniales, elles ne sont pas chiffrables en argent<sup>2</sup>. Ainsi la Cour de cassation a-t-elle qualifié d'indéterminées les demandes patrimoniales suivantes :

- demande en nullité<sup>3</sup>,
- demande en résolution pour inexécution d'un contrat<sup>4</sup>,
- demande en revendication d'un bien<sup>5</sup>,
- demande tendant à la condamnation du débiteur à l'exécution d'une obligation de faire<sup>6</sup>, sous réserve que le coût de l'exécution n'ait pas été chiffré<sup>7</sup>,
- demande en relevé de forclusion du créancier qui n'a pas déclaré dans les délais sa créance au passif du débiteur soumis à une procédure collective<sup>8</sup>,

La tendance de la jurisprudence à retenir une notion large de la demande indéterminée s'est manifestée tout particulièrement en droit du travail, à dessein, le plus souvent, de faire bénéficier le salarié du double degré de juridiction. Ainsi la jurisprudence a-t-elle qualifié d'indéterminées dans leur montant les demandes suivantes, émanant de salariés :

- demande en remise, par l'employeur, de bulletins de paie modifiés, par exemple mentionnant le nombre de jours exact de congés payés pris par le salarié<sup>9</sup>, dès lors qu'elle ne constitue pas la conséquence nécessaire d'une demande chiffrée<sup>10</sup>,
  - demande en annulation d'une sanction de mise à pied infligée à un salarié par son employeur<sup>11</sup>,
  - demande tendant à la publication d'une décision de condamnation à intervenir<sup>12</sup>,
  - demande tendant à la reconnaissance d'une unité économique et sociale en droit du travail<sup>13</sup>.
- soit des jugements pour lesquels le législateur a écarté l'appel pour gagner du temps, telles les décisions du juge commissaire en matière de procédure collective.

## b. Appel différé

<sup>1</sup> La solution était différente avant la suppression du tribunal d'instance, car l'article R. 221-4, alinéa 2, du Code de l'organisation judiciaire prévoyait que le tribunal d'instance statuait en premier et dernier ressort non seulement lorsqu'il était saisi d'une demande d'un montant inférieur ou égal au taux du ressort, mais encore lorsque la demande portée devant lui, quoique indéterminée, avait pour origine une obligation d'un montant inférieur ou égal au taux du ressort. Ainsi l'article R. 221-4, alinéa 2, dérogeait-il à l'article 40 du Code de procédure civile. Mais, en supprimant le titre du Code de l'organisation judiciaire relatif au tribunal d'instance, le législateur a fait disparaître l'article R. 221-4. Les actuels articles R. 211-3-24 et R. 211-3-25 du Code de l'organisation judiciaire se bornent à énoncer que le jugement n'est pas susceptible d'appel lorsque le montant de la demande dont le tribunal judiciaire est saisi, est inférieur ou égal à 5000 €.

<sup>2</sup> Cf. *supra* : Première partie « L'accès au juge », titre II « La compétence », chapitre I « Détermination de la compétence », section I « Détermination de la compétence d'attribution », § 1 Compétence matérielle du tribunal judiciaire », A. « Le tribunal judiciaire, juridiction de droit commun en matière civile », 2. « Portée du caractère de juridiction de droit commun du tribunal judiciaire », b. « Présence éventuelle de chambres de proximité au sein du tribunal judiciaire ».

<sup>3</sup> Civ. 3, 18 décembre 1991, n° 90-11048, B. III, n° 320 : invocation de la nullité d'une association.

<sup>4</sup> Civ. 1, 26 janvier 1994, B. I, n° 29 ; RTD com. 1994, 543, obs. B. Bouloc : action réhabilitatoire ; Civ. 1, 17 février 1995, n° 92-17894, B. I, n° 50 ; Civ. 2, 16 mai 2012, n° 11-11725.

<sup>5</sup> Com. 11 juillet 1972, RTD com. 1973, 379, obs. R. Houin.

<sup>6</sup> Civ. 2, 1er décembre 1960, B. II, n° 731 ; Civ. 2, 6 juin 2013, n° 12-20062, B. II, n° 110 ; Rev. soc. 2014, 38, note J.-F. Barbiéri : « toute demande tendant à la condamnation du défendeur à l'exécution d'une obligation de faire constitue en elle-même une demande indéterminée » ; dans le même sens : Com. 21 octobre 1997, n° 95-12465, B. IV, n° 269 ; D. 1999, somm. 148, obs. M. Cabrillac ; RTD com. 1998, 182, obs. M. Cabrillac.

<sup>7</sup> Civ. 2, 7 juin 2007, n° 06-12188, B. II, n° 139 ; Procédures 2007, n° 243, obs. R. Perrot : coût des travaux à effectuer chiffré à l'issue d'un référé-expertise à une somme inférieure à 4.000 €, appel irrecevable ; mais comp. Civ. 2, 6 juin 2013, préc. : évaluation par le demandeur de l'obligation de faire à 1 €, appel néanmoins recevable.

<sup>8</sup> Com. 12 janvier 2016, n° 14-18936, B. IV, n° 4.

<sup>9</sup> Soc. 28 novembre 2006, n° 05-41001, B. V, n° 357.

<sup>10</sup> Soc. 23 mars 2011, n° 09-70827, B. V, n° 78 ; Procédures 2011, n° 204, obs. A. Bugada.

<sup>11</sup> Soc. 26 octobre 1999, n° 97-44304, B. V, n° 413.

<sup>12</sup> Soc. 23 mars 2011, préc.

<sup>13</sup> Soc. 12 septembre 2007, n° 06-60275, B. V, n° 129 ; Soc. 24 septembre 2008, n° 07-60350, B. II, n° 182 ; Soc. 31 janvier 2012, n° 11-20232 et 11-20233, B. V, n° 37.

L'appel de certains jugements peut être différé. Certains jugements en effet ne sont susceptibles d'appels qu'avec la décision sur le fond.

α) Principe : exclusion de l'appel immédiat à l'encontre des jugements avant-dire droit

Les jugements avant-dire droit ne tranchent dans leur dispositif aucune partie du principal et se limitent à ordonner une mesure d'instruction ou à prescrire une mesure provisoire. L'appel immédiat à l'encontre de tels jugements est irrecevable (articles 150, alinéas 1er et 2, et 545 du Code de procédure civile). Cette irrecevabilité est d'ordre public et doit être relevée d'office par la cour d'appel (article 125, alinéa 1er, du Code de procédure civile).

β) Exceptions : appel immédiat possible à l'encontre de certains jugements avant-dire droit

L'article 545 réserve les hypothèses où la loi permet l'appel immédiat. A ces exceptions légales, qu'on évoquera tout d'abord, s'ajoute une exception jurisprudentielle, qu'on rappellera brièvement ensuite.

- Les décisions qui statuent sur les mesures provisoires en matière de divorce ou de séparation de corps sont susceptibles d'appel dans les 15 jours suivants leur notification.
- Les jugements ordonnant une expertise peuvent être frappés d'un appel immédiat avec autorisation du premier président de la Cour d'appel, s'il est justifié d'un motif grave et légitime (article 272, alinéa 1er, du Code de procédure civile)<sup>1</sup>.
- L'appel immédiat est même recevable, sans qu'une autorisation du premier président soit requise, contre les décisions de référé ordonnant – ou refusant d'ordonner – une mesure d'instruction in futurum sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile<sup>2</sup>. En effet, le juge des référés épuise de la sorte sa saisine, selon une jurisprudence bien établie de la Cour de cassation<sup>3</sup>. Son jugement tranchant tout le principal au sens de l'article 528-1, alinéa 2, du Code de procédure civile<sup>4</sup> et, corrélativement, au sens de l'article 480 du même code, a donc autorité de la chose jugée, d'où la recevabilité à son encontre de l'appel immédiat. Fondée sur une interprétation des textes du Code de procédure civile, la solution n'est pas à proprement parler prétorienne<sup>5</sup>.

Il en va toutefois différemment, lorsque le juge des référés est saisi d'une demande distincte de la mesure d'instruction ordonnée, par exemple d'une demande en paiement d'une provision. Son ordonnance ne peut alors être frappée d'appel indépendamment de l'ordonnance « sur le fond » qu'avec l'autorisation du premier président de la cour d'appel, conformément au droit commun<sup>6</sup>.

- De même en va-t-il pour les décisions de sursis à statuer, toujours sur autorisation du premier président et s'il est justifié d'un motif grave et légitime (article 380 du Code de procédure civile), notamment en raison de l'existence d'une question préjudicielle, par exemple pénale (« *Le criminel tient le civil en l'état* ») ou administrative<sup>7</sup>.

Outre ces exceptions légales ou para-légales, il faut aussi tenir compte que la jurisprudence est venue décider qu'un appel immédiat est ouvert même si la loi l'interdit, lorsque le juge a commis un excès de pouvoir : c'est l'appel nullité<sup>8</sup>.

## 2. Parties en appel

<sup>1</sup> Cf. *supra* : 2ème partie « L'instance », titre III « Incidents d'instance », chap. II « Incidents relatifs à la preuve », section 2 « Les mesures d'instruction ».

<sup>2</sup> Civ. 2, 20 juin 1996, B. II, n° 174 ; Com. 13 décembre 2011, n° 10-27834 10-27840 ; cf. *supra* : « Voies de recours contre les ordonnances de référé ».

<sup>3</sup> Civ. 2, 15 juin 1994, B. II, n° 162 ; RTD civ. 1995, 429, obs. J. Normand ; Civ. 2, 24 juin 1998, B. II, n° 224 ; Civ. 2, 11 janvier 2006, n° 05-10846 ; Civ. 2, 6 juin 2013, n° 12-21683, B. II, n° 119 ; Procédures 2013, n° 235, note R. Perrot.

<sup>4</sup> Civ. 2, 6 juin 2013, préc.

<sup>5</sup> Chainais et alii, *op. cit.*, n° 691 et n° 1335.

<sup>6</sup> Civ. 2, 24 mars 1993, B. II, n° 127 ; Civ. 2, 25 février 1998, n° 95-22272 ; Civ. 2, 10 février 2000, n° 98-13646 ; rappr. Civ. 2, 23 septembre 2004, B. II, n° 408 ; cf. *supra* : « Voies de recours contre les ordonnances de référé ».

<sup>7</sup> Cadiet et Jeuland, *op. cit.*, n° 683.

<sup>8</sup> Cf. *supra* : « Généralités sur les voies de recours ».

L'appel concerne normalement les parties présentes en première instance. Mais il faut tenir compte des articles 554 et 555 du Code de procédure civile, lesquels envisagent aussi que des tiers puissent intervenir volontairement au stade de l'appel ou qu'ils fassent même l'objet d'une intervention forcée, pour autant du moins que l'évolution du litige implique leur mise en cause. Le cercle des parties en appel est donc relativement large.

a. Parties en première instance

L'appel est donc tout d'abord ouvert à ceux qui étaient parties en première instance. En réalité, les exigences relatives aux parties en appel varient selon la personne dont l'appel émane et selon le moment où l'appel est interjeté. C'est ainsi que l'on distingue l'appel principal des appels incidents ou provoqués. Le Code de procédure civile consacre également des dispositions particulières à l'appel en matière solidaire et indivisible.

α) Appel principal

Pour interjeter appel principal, il faut tout d'abord remplir les conditions générales des actions, puisque l'appel n'est que l'exercice d'une action en justice, il faut donc avoir qualité, intérêt à agir et aussi la capacité.

Comme l'indique effectivement l'article 546, alinéa 1er, du Code de procédure civile, « *Le droit d'appel appartient à toute partie qui y a intérêt, si elle n'y a pas renoncé.* » La jurisprudence adopte des solutions semblables à celles qu'elle retient au sujet de l'exercice initial de l'action en justice<sup>1</sup> : l'intérêt s'apprécie au moment où l'appel est formé, peu important que des circonstances postérieures l'aient rendu sans objet<sup>2</sup> ; il ne saurait être confondu avec le bien-fondé de la demande<sup>3</sup>.

L'appelant doit justifier de son intérêt, ce qui implique quel le jugement entrepris lui fasse grief : il doit avoir succombé, ne serait-ce que partiellement, en première instance<sup>4</sup>.

La qualité de partie est en fait attribuée à celui qui a été partie ou représenté en première instance. En matière contentieuse, l'appel est dirigé par l'appelant contre l'intimé qui est le défendeur dans l'instance d'appel. En matière gracieuse, l'appel est également ouvert aux tiers auxquels le jugement a été notifié (article 546, alinéa 2).

L'appelant ne doit pas non plus avoir renoncé à l'appel. A ce propos, plusieurs textes du Code de procédure civile réglementent la renonciation à l'appel.

- Tout d'abord l'article 41 évoque un cas particulier de renonciation conventionnelle. Les parties après la naissance du litige et par un accord exprès, pour les droits dont elles ont la libre disposition, peuvent décider que le différend sera jugé sans appel même si le montant de la demande est supérieur au taux du dernier ressort.
- Les articles 556 et 558 gouvernent, quant à eux, la renonciation unilatérale. Celle-ci doit émaner d'une personne capable pour des droits dont elle peut disposer et doit être exprimée après la naissance du litige. En revanche, elle peut toujours intervenir après le prononcé du jugement avec cependant une précision : si cette renonciation unilatérale était effectuée et qu'ensuite une partie interjetât régulièrement appel, cette renonciation unilatérale ne serait plus valable.

β) Appel incident et appel provoqué

Leur recevabilité est étroitement liée à l'existence de l'appel principal, mais ils doivent respecter aussi des conditions spécifiques énoncées aux articles 549 et suivants. Il faut envisager à quelle situation correspondent ces appels. En réalité, ils correspondent à des

<sup>1</sup> Cf. *supra* : 1ère partie « L'accès au juge », titre I « L'action en justice », chap. II « Régime de l'action en justice », sect. 1 « Existence de l'action en justice », § 1 « Conditions subjectives d'existence de l'action en justice », A. « L'intérêt à agir ».

<sup>2</sup> Civ. 2, 6 mai 1998, n° 96-19014, B. II, n° 146 ; Civ. 2, 13 juillet 2006, n° 05-11389, B. II, n° 200 ; *Gaz. Pal.* 1er-2 février 2008, p. 18, note E. du Rusquec ; Com. 13 novembre 2013, *Bull. Joly* 2014, 511, note B. Dondero.

<sup>3</sup> Civ. 3, 7 février 2012, n° 11-12195, *Gaz. Pal.* 25-26 mai 2012, p. 41, obs. C. Bléry.

<sup>4</sup> Civ. 1, 16 janvier 1979, *Gaz. Pal.* 1979, 2, 758, note J. Viatte ; Civ. 2, 11 juillet 1990, n° 87-16836, B. II, n° 170.

situations plus complexes que l'hypothèse d'un appel principal.

Dans le cas d'un appel incident, il faut envisager qu'une partie n'obtienne que partiellement satisfaction et introduise un appel principal. Son adversaire, qui lui aussi n'est que partiellement satisfait, peut alors être désireux de ne pas se contenter de la place d'intimé et peut à son tour relever appel pour obtenir pleinement satisfaction, au besoin en sollicitant l'information de chefs du jugement entrepris que l'appelant à titre principal avait omis de critiquer<sup>1</sup>. Comme l'article 548 l'indique, l'appel incident est celui qui émane de l'intimé seulement, c'est-à-dire de celui contre lequel l'appel principal est dirigé.

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

Ces appels incidents et provoqués soulèvent une question délicate liée à leur dépendance à l'appel principal. La question se pose en effet de savoir ce que vont devenir ces appels si l'appel principal disparaît suite à une annulation ou tout simplement par désistement de l'appelant. En réalité, la réponse varie selon la situation.

- En ce qui concerne la question de savoir si l'efficacité de l'appel incident ou provoqué est liée ou non à l'appel principal et à sa validité, il faut se reporter à l'article 550 du Code de procédure civile. Cet article 550 dispose que l'appel incident ou provoqué peut être formé en tout état de cause, alors même que celui qui l'interjetterait serait forclos pour agir à titre principal. Dans ce dernier cas, l'article précise qu'il ne sera pas toutefois pas reçu si l'appel principal n'est pas lui-même recevable. Cet article 550 a fait l'objet d'une interprétation *a contrario*, qui a permis de dire qu'un appel incident peut se greffer sur un appel principal irrecevable dès lors qu'il a été formé dans le délai utile pour former appel principal.

Concrètement, cet article 550 conduit à distinguer deux cas :

- si l'appel incident provoqué est postérieur à l'expiration du délai pour former appel principal, la recevabilité de l'appel incident ou provoqué est liée à celle de l'appel principal<sup>2</sup>.
- Si l'appel incident ou provoqué a été interjeté dans le délai d'appel principal, il doit être considéré comme un appel se suffisant à lui-même.
- La caducité de l'appel principal entraîne, en revanche, du moins selon une jurisprudence fort contestable de la Cour de cassation<sup>3</sup>, l'irrecevabilité de l'appel incident, quand bien même l'intimé l'aurait relevé dans le délai pour former l'appel principal. Le sort de l'appel incident est donc entre les mains de l'appelant à titre principal, puisqu'il lui suffit de ne pas conclure dans le délai légal de trois mois pour rendre l'appel incident irrecevable, quand bien même l'intimé aurait tout intérêt à ce que la cour d'appel se prononce au fond sur son appel incident.
- Autre phénomène de dépendance, en cas de désistement de l'appel principal. Plusieurs hypothèses doivent alors être distinguées.
  - si l'appel incident ou provoqué a déjà été interjeté au moment où intervient le désistement de l'appel principal, ce dernier ne fait pas perdre à l'intimé le bénéfice de l'appel incident, sauf si l'intimé accepte le désistement de l'appel et se désiste de son propre appel<sup>4</sup>. Cette solution se concilie malaisément avec celle, précédemment indiquée, selon laquelle la caducité de l'appel principal rend, dans tous les cas, l'appel incident irrecevable. Pour priver l'intimé du bénéfice de l'appel incident, il suffit en effet à l'appelant de provoquer la caducité de son appel principal en ne concluant pas

<sup>1</sup> Civ. 2, 13 octobre 2016, n° 15-21973, B. II, n° 223.

<sup>2</sup> Civ. 2, 19 novembre 2020, n° 18-21550 (P).

<sup>3</sup> Civ. 2, 13 mai 2015, n° 14-13801, B. II, n° 115 ; D. 2015, *Chr. C. Cass.* 1791, n° 4, obs. H. Adida-Canac, Th. Vasseur et E. de Leiris.

<sup>4</sup> Civ. 20 février 1907, *Gaz. Pal.* 1907, 1, 326.

- dans les délais, au lieu de s'en désister.
- il arrive que l'appel incident soit formé le même jour que l'appel principal, dans cette hypothèse, les juges du fond doivent rechercher pour le déclarer recevable si l'appel incident est antérieur au désistement<sup>1</sup>.
  - A l'autre extrémité, lorsqu'au moment du désistement de l'appel principal, l'appel incident ou provoqué n'a pas encore été formé, la partie à l'égard de laquelle le désistement de l'appel principal est fait, ne peut plus interjeter un appel incident. On considère que l'instance appartient exclusivement à l'appelant tant que l'intimé n'a pas accepté le débat.

### χ) Appel en matière solidaire et indivisible

Si plusieurs parties à l'instance défendent des intérêts semblables ou connexes, l'appel formé par l'une ne profite qu'à elle seule. Mais il en va différemment si la matière du litige est indivisible ou s'il existe une solidarité entre les parties. Dans ces hypothèses, « *l'appel formé par l'une conserve le droit d'appel des autres, sauf à ces dernières à se joindre à l'instance* » (article 552 du Code de procédure civile). S'agissant de l'indivisibilité, le code va encore plus loin, en prévoyant que l'appel d'une des parties « *produit effets à l'égard des autres même si celles-ci ne se sont pas jointes à l'instance* » (article 553 du Code). Toutefois « *l'appel formé contre l'une n'est recevable que si toutes sont appelées à l'instance* » (même texte).

### b. Tiers

Autre intervenant possible comme partie en appel, les tiers. Inspirés par l'idée que l'appel est une voie d'achèvement du procès, les articles 554 et 555 du Code de procédure civile manifestent la volonté du législateur de rendre possible l'élargissement de la seconde instance à des personnes qui n'avaient pas été parties à la première phase procédurale. Cet élargissement du cercle des parties en appel s'explique par la volonté d'éviter des procès en chaîne.

#### α) Intervention volontaire

L'article 554 du Code de procédure civile permet à des tiers en première instance, à condition d'y avoir intérêt, d'intervenir volontairement, dès lors que l'affaire est pendante en son entier devant la cour d'appel.

#### β) Intervention forcée

L'article 555 du Code de procédure civile, quant à lui, envisage l'intervention forcée de façon assez restrictive. Certes, cet article permet de mettre devant la Cour d'appel, « *même aux fins de condamnation* », des tiers qui n'ont été ni parties ni représentés en première instance. Cependant, attirer en intervention forcée un tiers devant la cour d'appel, particulièrement aux fins de condamnation, peut avoir de graves conséquences pour ce tiers, puisqu'il se retrouvera privé du bénéfice du double degré de juridiction. Aussi l'article 555 subordonne-t-il la recevabilité de l'intervention forcée de tiers en cause d'appel à la condition fondamentale que « *l'évolution du litige implique leur mise en cause.* »

La Cour de cassation s'est efforcée de préciser le sens de cette condition, dès lors que le législateur n'a donné aucune définition de « *l'évolution du litige* ». Celle-ci donc, d'après la Cour de cassation, n'est caractérisée que par « *la révélation d'une circonstance de fait ou de droit, née du jugement ou postérieure à celui-ci, modifiant les données juridiques du litige* »<sup>2</sup>.

La fin de non-recevoir tirée de l'absence d'évolution du litige permettant la mise en cause d'un tiers n'étant pas d'ordre public, la cour d'appel ne doit ni même ne peut la relever d'office<sup>3</sup>.

## B. Conditions de délais et de formes de l'appel

<sup>1</sup> Civ. 2, 3 octobre 1984, *Gaz. Pal.* 1985, *pan.* 51, obs. S. Guinchard ; *D.* 1985, *IR* 261, obs. P. Julien.

<sup>2</sup> Ass. plén. 11 mars 2005, *B. Ass. plén.*, n° 4 ; *D.* 2005, 2368, note E. Fischer ; *JCP* 2005, I, 183, n° 15, obs. Y.-M. Serinet et II, 10161, avis Cédras ; *RTD civ.* 2005, 455, obs. R. Perrot ; *Procédures* 2005, n° 118, obs. R. Perrot ; *Rev. huissiers* 2005, 227, obs. N. Fricero.

<sup>3</sup> Com. 5 juillet 1971, *RTD civ.* 1972, 185, obs. P. Raynaud ; Civ. 1, 13 juin 1979, *B. I.*, n° 181 ; Civ. 2, 3 octobre 1979, *Gaz. Pal.* 1981, 3, note J.V. ; Com. 17 avril 1980, *RTD civ.* 1980, 426, obs. R. Perrot ; Civ. 3, 22 mars 1983, *B. III.*, n° 82 ; Civ. 3, 2 novembre 1983, *D.* 1984, *IR* 241, obs. P. Julien.



## 1. Délais d'appel

Les délais sont prescrits à peine d'irrecevabilité de la demande d'appel, qui doit être, au besoin, soulevée d'office par le juge (article 125, alinéa 1er, du Code de procédure civile), d'où l'importance de les connaître de même que leur point de départ. L'appelant ne peut échapper à l'irrecevabilité qu'en bénéficiant d'un relevé de forclusion, lequel obéit, on le sait, à des conditions strictes (article 540 du Code de procédure civile)<sup>1</sup>. Pour l'obtenir, il doit saisir le premier président de la cour d'appel par voie d'assignation (même texte).

### a. Durée des délais

En matière contentieuse, le délai d'appel est d'un mois, en matière gracieuse de quinze jours (article 538 du Code de procédure civile). Les articles 643 et 644 du Code de procédure civile accordent toutefois des prorogations de délai d'un mois ou de deux mois, en fonction de la distance qui sépare le plaideur de la juridiction, soit qu'il ne soit pas domicilié en France métropolitaine, soit qu'il réside à l'étranger<sup>2</sup>.

A l'inverse, le délai d'appel en matière contentieuse est parfois réduit par certains textes législatifs ou réglementaires dérogeant à l'article 538. C'est ainsi qu'il se trouve ramené à quinze jours – sauf prorogation en application de l'article 643 ou de l'article 644 – pour l'appel des ordonnances de référé (article 490 du Code de procédure civile), des ordonnances sur requête (article 496 du même Code) et des décisions du juge de l'exécution (article R. 121-20 du Code des procédures civiles d'exécution).

Les articles 643 et 644 accordent, on le sait, des prorogations de délais en fonction de la distance qui sépare les plaideurs de la juridiction. C'est ainsi qu'une personne qui demeure dans un département ou une collectivité d'outre-mer bénéficie d'un mois supplémentaire pour former appel devant une juridiction qui a son siège en France métropolitaine, alors que la personne qui demeure à l'étranger voit son délai augmenter de deux mois.

### b. Point de départ des délais

Le délai d'appel court à partir de la signification du jugement de première instance, sauf dans les hypothèses où la loi prévoit qu'il commence à courir dès la date de ce jugement. Dans les procédures avec représentation obligatoire, le point de départ du délai est la signification à partie, et non la signification préalable au représentant<sup>3</sup>. Comme l'indique l'article 528 alinéa 2, ce délai court même à l'encontre de celui qui notifie le jugement.

On rappellera que, si le point de départ de la signification constitue le droit commun, exceptionnellement, la loi peut disposer que le délai court à partir du prononcé de la décision. C'est le cas en matière de divorce et de procédures collectives ; de même pour les ordonnances sur requête, selon la jurisprudence.

## 2. Formes de l'appel

### • Variété des formes d'appel

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

### • Dématérialisation de la procédure d'appel avec représentation obligatoire

<sup>1</sup> Cf. *supra* : 2ème partie « L'instance », titre I « Cadre juridique de l'instance », chap. III « Formalisme de l'instance », sect. 2 « Délais de procédure » et, dans le présent titre, chap. I « Généralités sur les voies de recours ».

<sup>2</sup> Cf. *supra* : 2ème partie « L'instance », titre I « Cadre juridique de l'instance », chap. III « Formalisme de l'instance », sect. 2 « Délais de procédure ».

<sup>3</sup> Cf. *supra* : « Généralités sur les voies de recours ». En cas de notifications successives, la seconde en date n'ouvre pas un nouveau délai, dès lors du moins que la première a été délivrée régulièrement, peu important que la seconde ait été faite dans le délai de recours imparté par la première (Civ. 2, 5 février 2009, *Procédures* 2009, n° 107, obs. R. Perrot ; Civ. 1, 8 avril 2009, n° 07-21090 ; Com. 3 novembre 2010, n° 09-68968 ; *Procédures* 2011, n° 4, obs. R. Perrot.

La réforme issue du décret du 9 décembre 2009 a fait la part belle à la communication électronique. Aux termes, en effet, de l'article 930-1, alinéa 1er, nouveau du Code de procédure civile, « *A peine d'irrecevabilité relevée d'office, les actes de procédure sont remis à la juridiction par voie électronique.* » Cette réforme consacre donc une dématérialisation complète de la procédure d'appel avec représentation obligatoire<sup>1</sup>, comme c'est déjà le cas de la procédure devant la Cour de cassation<sup>2</sup>.

Ce n'est que « *lorsqu'un acte ne peut être transmis par voie électronique pour une cause étrangère à celui qui l'accomplit* », cause étrangère qu'il lui appartient naturellement d'établir, qu'« *il est établi sur support papier et remis au greffe* » (article 930-1, alinéa 2)<sup>3</sup>. Cette cause étrangère n'implique pas nécessairement un cas de force majeure<sup>4</sup>, mais elle doit s'entendre d'une difficulté propre à la communication par voie électronique<sup>5</sup>. Les juges du fond doivent la caractériser<sup>6</sup>.

Pareillement, « *Les avis, avertissements ou convocations sont remis aux avocats des parties par voie électronique, sauf impossibilité pour cause étrangère à l'expéditeur* » (article 930-1, alinéa 3). En application de l'article 930-1, alinéa 4, un arrêté du 23 décembre 2010 a défini les modalités des échanges par voie électronique.

L'article 930-1 ne visant pas les notifications entre avocats, l'utilisation de la voie électronique pour ces notifications demeure, en revanche, subordonnée au consentement exprès du destinataire de l'acte à cette utilisation, conformément aux dispositions de l'article 748-2, alinéa 1er, du Code de procédure civile<sup>7</sup>. Néanmoins, aux termes de l'article 748-2, alinéa 2, l'adhésion d'un avocat au « réseau privé virtuel avocat » (RPVA) emporte nécessairement consentement de sa part à recevoir la notification d'actes de procédure par la voie électronique. Cette adjonction au texte initial de l'article 748-2 résulte du décret n° 2015-282 du 11 mars 2015, lequel a confirmé la jurisprudence antérieure<sup>8</sup>. Mais, en pratique, la solution revient à faire litière de l'exigence d'un consentement « *exprès* »<sup>9</sup>.

Les formes de l'appel diffèrent selon que la matière du litige est contentieuse ou gracieuse.

#### a. Formes de l'appel en matière contentieuse

S'agissant tout d'abord de la procédure contentieuse suivie devant la formation collégiale, le code de procédure civile distingue selon que la procédure est avec ou sans représentation obligatoire.

##### α) Formes de l'appel dans la procédure contentieuse avec représentation obligatoire

Dans la procédure contentieuse avec représentation obligatoire, l'article 900 dispose que l'appel peut être formé de deux manières.

<sup>1</sup> Civ. 2, 1er juin 2017, n° 16-15568, B. II, n° 112 : la déclaration d'appel adressée par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, au lieu d'être remise par voie électronique, est irrecevable, et non pas entachée d'un vice de forme ou de fond entraînant la nullité de la déclaration d'appel, mais ayant effet interruptif de la prescription ou du délai préfix en application de l'article 2241 du Code civil. Elle n'a donc pas d'effet interruptif et ne saurait faire l'objet ultérieurement d'une régularisation par une seconde déclaration d'appel effectuée par voie électronique.

<sup>2</sup> Néanmoins cette dématérialisation n'est imposée aux parties que pour les actes de procédure destinés à la cour d'appel elle-même et non pour ceux destinés à son premier président, telle une requête aux fins d'assigner à jour fixe (Civ. 2, 7 décembre 2017, n° 16-19336, B. II, n° 227). Pour l'application de l'article 930-1 du Code de procédure civile à une requête en déféré : Civ. 2, 1er juin 2017, n° 16-18361, B. II, n° 117 ; D. 2017, 1868, obs. E. de Leiris.

<sup>3</sup> Civ. 2, 1er juin 2017, n° 16-18361, préc.

<sup>4</sup> Civ. 2, 16 novembre 2017, n° 16-24864, B. II, n° 214 ; D. 2018, 52, note C. Bléry ; *ibid.* 757, obs. E. de Leiris : l'impossibilité d'une remise des conclusions par voie électronique en raison de leur taille, supérieure à la limite de 4 Mo imposée par le système, peut constituer une cause étrangère à celui qui accomplit l'acte de procédure.

<sup>5</sup> Civ. 2, 27 septembre 2018, n° 17-20930 (P) ; BICC n° 895, 1er février 2019, n° 70 ; JCP 2018, *doctr.* 1288, n° 8, obs. L. Mayer : aussi, ne constitue pas une telle difficulté l'absence de restitution au demandeur, par l'huissier de justice ayant délivré une assignation à jour fixe, de la requête à fin d'être autorisé à assigner à jour fixe qui devait être jointe à l'assignation.

<sup>6</sup> Civ. 2, 6 septembre 2018, n° 16-14056 (P) ; JCP 2018, *doctr.* 1288, n° 8, obs. L. Mayer : cassation pour manque de base légale de l'arrêt s'étant borné à évoquer un « problème technique ».

<sup>7</sup> Cf. *supra* : 2ème partie « Le déroulement de l'instance », titre I « Le cadre juridique de l'instance », chap. III « Formalisme de l'instance », section 1 « Les actes de procédure », § 2 « Notification des actes de procédure », C. « La communication électronique des actes de procédure ».

<sup>8</sup> Cass. avis 9 septembre 2013, n° 13-70005, B. avis, n° 10 ; Procédures oct. 2013, dossier 4, n° 4, obs. C. Bléry ; cf. ég. Com. 11 juin 2014, n° 13-17318, B. IV, n° 105.

<sup>9</sup> Bléry, obs. préc.

- Appel formé par déclaration unilatérale

Tout d'abord, l'appel peut être formé par déclaration unilatérale dont les modalités varient selon que la procédure est ordinaire ou à jour fixe. Depuis quelques années, en raison de la dématérialisation de la procédure d'appel, la déclaration d'appel doit être effectuée par voie électronique.

Si la procédure est ordinaire, la déclaration unilatérale signée par l'avocat doit contenir, à peine de nullité pour vice de forme<sup>1</sup>, un certain nombre de mentions énoncées à l'article 901 du Code de procédure civile, en plus de celles requises pour toute requête (article 57 du Code de procédure civile)<sup>2</sup>. Parmi les mentions exigées par l'article 901 à peine de nullité figurent celle des chefs du jugement de première instance expressément critiqués, depuis le décret n° 2017-892 du 6 mai 2017 (article 901, 4°).

Ces mentions doivent figurer dans l'acte d'appel lui-même : l'appelant ne saurait, en principe, renvoyer, dans la déclaration, à un document extérieur annexe, sauf en cas d'empêchement d'ordre technique, dont il doit justifier<sup>3</sup> ; dans cette hypothèse, l'appelant peut compléter sa déclaration d'appel par un document faisant corps avec celle-ci et auquel elle doit renvoyer<sup>4</sup>.

L'irrégularité résultant de l'omission des chefs critiqués du jugement de première instance est un vice de forme, dont la nullité ne peut être couverte que par une nouvelle déclaration d'appel, effectuée dans le délai imparti à l'appelant pour conclure<sup>5</sup>, conformément aux dispositions de l'article 115 du Code de procédure civile.

De surcroît, à défaut pour la déclaration d'appel de mentionner les chefs du jugement expressément critiqués, l'effet dévolutif de l'appel<sup>6</sup> ne s'opère pas, selon la Cour de cassation<sup>7</sup>. En effet, selon l'article 562 du Code de procédure civile, l'appel ne défère à la Cour que la connaissance des chefs du jugement qu'il critique expressément et de ceux qui en dépendent. Dès lors, si la déclaration d'appel ne mentionne pas les chefs du jugement entrepris critiqués, la cour ne peut être saisie de leur connaissance. Cette seconde sanction est mécanique, elle s'applique quand bien même la nullité pour vice de forme de la déclaration d'appel n'aurait pas été invoquée ou prononcée.

Toujours selon la Cour de cassation, lorsque l'énumération figurant sur l'acte d'appel ne comporte que l'énoncé des demandes formulées devant le premier juge, et non pas le dispositif du jugement, alors la cour d'appel n'est saisie d'aucune demande<sup>8</sup>.

Néanmoins une nouvelle déclaration d'appel, régularisant la déclaration d'appel erronée ou incomplète initiale et formée dans les délais pour conclure, peut venir étendre la critique du jugement à d'autres chefs non critiqués dans la première déclaration, sans qu'un acquiescement aux chefs du jugement non critiqués dans un premier temps ne puisse être déduit de cette omission<sup>9</sup>.

Signée de l'avocat constitué, la déclaration d'appel est remise au secrétariat greffe de la cour d'appel, accompagnée d'une copie de la décision frappée d'appel (article 901, dernier alinéa). Cette formalité et la date de son accomplissement, sont constatées par le visa que le greffier met sur chaque exemplaire dont l'un est immédiatement restitué à l'avocat de l'appelant. Elle vaut inscription au rôle (article 901). A partir de cet instant, le greffier va adresser à chacun des intimés un exemplaire de la déclaration en lui indiquant l'obligation dans laquelle il est de constituer avocat conformément à l'article 903. Dès lors qu'il est constitué, cet avocat informe son confrère et remet au greffe de la cour une copie de l'acte

<sup>1</sup> Et non à peine d'irrecevabilité de la déclaration d'appel, si bien que le moyen tiré de l'irrégularité de la déclaration d'appel au regard des exigences de l'article 901 du code de procédure civile doit, à peine d'irrecevabilité, être soulevé avant tout autre moyen de défense : Civ. 2, 19 octobre 2017, n° 16-11266, B. II, n° 201.

<sup>2</sup> Cf. *supra* : première partie « L'accès au juge », titre I « L'action en justice », chap. 2 « Régime de l'action en justice », section 2 « Exercice de l'action en justice », § 2 « Mise en œuvre de l'action en justice », A. « Les demandes en justice », 1. « Variétés de demandes en justice », a. « La demande initiale », β) « Formes de la demande initiale », « La requête ».

<sup>3</sup> Par exemple, la description des chefs du jugement critiqué dépasse le nombre de signes autorisés par le R.P.V.A.

<sup>4</sup> Civ. 2, 13 janvier 2022, n° 20-17516 (B).

<sup>5</sup> Civ. 2, 3 avis, 20 décembre 2017, n° 17-70034, n° 17-70035 et n° 17-70036, B. avis, n° 12 ; D. 2018, 692, obs. N. Fricero ; *ibid.*, 757, obs. E. de Leiris ; JCP 2018, act. 173, note Ph. Gerbay ; Procédures 2018, comm. 69, H. Croze ; Gaz. Pal. 6 février 2018, n° 312, p. 34, obs. S. Amrani-Mekki ; AJ fam. 2018, 142, obs. M. Jean ; Civ. 2, 30 janvier 2020, n° 18-22528 (P) ; Dalloz actualité 17 févr. 2020, obs. R. Laffly ; Procédures 2020, comm. 55, H. Croze ; JCP G 2020, 336, obs. Ph. Gerbay ; Act. proc. coll. 2020, alerte 102, n° 7, obs. Th. Le Bars ; D. 2020, p. 576, obs. N. Fricero ; Gaz. Pal. 28 avril 2020, n° 377, p. 40, obs. S. Amrani-Mekki.

<sup>6</sup> Sur l'effet dévolutif de l'appel, cf. *infra* : § 3 « Effets de l'appel », B. « Effet dévolutif », 2. « Limites à l'effet dévolutif de l'appel », b. « Il n'est dévolu qu'autant qu'il est appelé ».

<sup>7</sup> Civ. 2, 30 janvier 2020, n° 18-22528, préc.

<sup>8</sup> Civ. 2., 2 juillet 2020, n° 19-16954 (P) ; JCP 2020, 1170, note H. Herman.

<sup>9</sup> Civ. 2, 19 novembre 2020, n° 19-13642 (P) ; Dalloz Actu. 9 décembre 2020, obs. H. Ciray ; JCP 2020, 1444, note H. Herman.

de constitution comme l'exige l'article 904.

A peine d'irrecevabilité prononcée d'office de l'appel ou des défenses, selon les cas, les parties justifient, lors de la remise de sa déclaration d'appel pour l'appelant et lors de la remise de sa constitution d'avocat pour l'intimé, de l'acquiescement du droit de 225 € prévu à l'article 1635 P bis du Code général des impôts (article 963 du Code de procédure civile)<sup>1</sup>. Affecté au fonds d'indemnisation de la profession d'avoué, fonds créé à la suite de la suppression de la profession d'avoué, ce droit est perçu jusqu'au 31 décembre 2026 (article 1635 P bis précité).

En cas de retour au greffe de la lettre de notification ou si l'intimé ne constitue pas avocat, le greffier en avise l'avocat de l'appelant, afin que celui-ci procède par voie de signification de la déclaration d'appel. A peine de caducité de cette dernière, prononcée par le conseiller de la mise en état (article 914, alinéa 1er), la signification doit être effectuée dans le mois de l'avis adressé par le greffe (article 902, alinéa 3)<sup>2</sup>. Cependant, si, entre-temps, l'intimé a constitué avocat avant la signification de la déclaration d'appel, il est procédé par voie de notification à son avocat (article 902, alinéa 4)<sup>3</sup>, c'est-à-dire par le RPVA.

L'ordonnance prononçant la caducité de la déclaration d'appel a autorité de la chose jugée au principal (article 914, alinéa 2). Selon la Cour de cassation, la caducité est encourue automatiquement, sans porter pour autant une atteinte disproportionnée au droit au juge au sens de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>4</sup>. Toujours d'après la Cour de cassation, le conseiller de la mise en état a le pouvoir de la relever d'office<sup>5</sup>. Il doit néanmoins avoir provoqué préalablement les explications des parties<sup>6</sup>.

La partie dont la déclaration d'appel a été frappée de caducité ou dont l'appel a été déclaré irrecevable n'est plus recevable à former un appel principal contre le même jugement et à l'égard de la même partie (article 911-1, alinéa 3, du Code de procédure civile).

Qu'en est-il dans la procédure à jour fixe ? C'est une procédure particulière au regard de la procédure ordinaire, elle est indiquée aux articles 917 à 925 du Code de procédure civile et se trouve réservée aux hypothèses dans lesquelles les droits d'une partie sont en péril. La partie qui veut user de cette procédure doit demander par requête au premier président de la cour d'appel de fixer le jour ou l'affaire sera appelée par priorité (article 917). Cette requête doit contenir un certain nombre d'indications, elle doit bien entendu exposer la nature du péril, elle doit contenir les conclusions de la partie sur le fond du débat et doit viser les pièces justificatives (article 918). Si le président donne son accord pour utiliser cette procédure, il rend une ordonnance.

La nature de cette ordonnance a été discutée. Certaines décisions l'avaient analysée en une ordonnance sur requête, pouvant, à ce titre, fait l'objet d'un référé-rétractation<sup>7</sup>. Mais, plus récemment, la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation, spécialisée, comme on le sait, dans les questions de procédure, l'a qualifiée de mesure d'administration judiciaire, comme telle insusceptible de recours et ne pouvant donner lieu à un référé-rétractation<sup>8</sup>. La deuxième Chambre civile lui imprime ainsi exactement la même nature que celle qu'elle avait attribuée, quelques années auparavant<sup>9</sup>, à l'ordonnance du président du tribunal de grande instance, devenu tribunal judiciaire, autorisant le demandeur à assigner à jour fixe<sup>10</sup>.

<sup>1</sup> Civ. 2, 11 mai 2017, n° 16-17083 et 16-17084, B. II, n° 96 : En application de l'article 16 du code de procédure civile, ensemble les articles 963 du même code et 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, l'irrecevabilité de l'appel faute de justification de l'acquiescement par l'appelant du droit prévu à l'article 1635 bis P du code général des impôts ne peut être prononcée sans que l'avocat de l'appelant ait été invité à s'expliquer sur ce défaut de justification ou qu'à tout le moins un avis d'avoir à justifier de cet acquiescement lui ait été préalablement adressé par le greffe. Dans le même sens, visant uniquement l'article 16 du Code de procédure civile : Civ. 2, 1er juillet 2021, n° 19-10668 (B) ; *Procédures* n° 10, octobre 2021, *comm.* 247, Y. Strickler.

<sup>2</sup> Sur la constitutionnalité de cette nouvelle exigence légale et de sa sanction, contre laquelle des syndicats d'avocats avaient formé un recours pour excès de pouvoir : CE 13 novembre 2019, req. 412255, 412286, 412287, 412308 et 415651, *D. actu.* 6 décembre 2019.

<sup>3</sup> Selon la Cour de cassation (Civ. 2, 14 novembre 2019, n° 18-22167 (P)), cette dernière exigence n'est pas prescrite à peine de caducité de la déclaration d'appel, contrairement à la précédente.

<sup>4</sup> Civ. 2, 26 juin 2014, n° 13-22011, B. II, n° 152 ; Civ. 2, 26 juin 2014, n° 13-22013, B. II, n° 153 ; Civ. 2, 1er juin 2017, n° 16-18212, B. II, n° 113. En outre, la caducité n'étant pas une nullité de forme, doit être prononcée alors même que l'intimé ne prouverait pas que l'irrespect des dispositions de l'article 902 lui a causé un grief (Civ. 2, 1er juin 2017, préc.).

<sup>5</sup> Civ. 2, 26 juin 2014, n° 13-20868, B. II, n° 159.

<sup>6</sup> Civ. 2, 27 juin 2013, n° 12-20529, *Procédures* oct. 2013, dossier 6, obs. N. Fricéro.

<sup>7</sup> Civ. 3, 3 mai 1983, *RTD civ.* 1983, 795, obs. R. Perrot.

<sup>8</sup> Civ. 2, 25 février 2010, n° 09-10403, B. II, n° 48 ; *D.* 2010, *AJ* 713 ; Civ. 2, 19 mars 2015, n° 14-14926 et 14-15150, B. II, n° 69 ; Civ. 2, 17 mars 2016, n° 15-10865, B. II, n° 80.

<sup>9</sup> Civ. 2, 24 juin 2004, B. II, n° 321 ; *D.* 2005, *somm.* 336, obs. P. Julien et N. Fricéro, préc.

<sup>10</sup> *Cf. supra* : 2ème partie « L'instance », titre II « Déroulement de l'instance », chap. I « Les procédures devant le tribunal judiciaire », section 1 « La procédure contentieuse écrite », § 2 « Les procédures contentieuses écrites spéciales », C. « Les procédures contentieuses écrites accélérées », 2. « La procédure d'urgence à jour fixe », b. « Déroulement de la procédure d'urgence à jour fixe », a) « Requête à fin d'assigner à jour fixe et ordonnance autorisant le demandeur ».

Le premier président désigne, dans cette ordonnance, la chambre de la cour qui sera saisie, et fixe le jour et l'heure où l'affaire sera appelée par priorité<sup>1</sup>. L'article 919, alinéa 1er, dispose qu'il est procédé à la déclaration d'appel qui doit viser bien entendu cette ordonnance. Les exemplaires destinés aux intimés ont été restitués à l'appelant qui est en mesure d'assigner son adversaire au jour fixé, en joignant à l'exploit la copie de la requête et toutes les pièces exigées par l'article 920. L'intimé est naturellement averti que s'il ne constitue pas avocat avant la date de l'audience fixée, il sera censé s'en tenir aux moyens qui étayaient sa position en première instance. Il ne reste plus qu'à saisir la cour et on retombe alors dans les caractéristiques de la procédure ordinaire.

L'article 919, alinéa 2, prévoit toutefois que la requête aux fins d'appel à jour fixe peut être présentée dans les huit jours au plus tard suivant la déclaration d'appel, au lieu de la précéder.

- Appel formé par requête conjointe

Cette procédure est rarement utilisée en pratique. L'article 900 prévoit donc que l'appel doit être formé par déclaration unilatérale et prévoit aussi que l'appel soit formé par requête conjointe. Cette requête conjointe porte bien son nom, puisqu'elle est préparée par tous les plaideurs qui ont occupé la position de partie devant le juge de première instance, comme le prévoit l'article 926.

La procédure applicable est semblable à celle suivie devant le tribunal judiciaire. La requête conjointe doit contenir les mentions exigées, à peine de nullité, pour toute requête par l'article 57 du Code de procédure civile. Mais elle doit, en outre, comporter, à peine d'irrecevabilité cette fois-ci, quelques mentions supplémentaires prévues par l'article 927 :

- 1° Une copie certifiée conforme du jugement ;
- 2° Le cas échéant, l'indication des chefs du jugement auquel l'appel est limité ;
- 3° La constitution des avocats des parties.

Enfin, la requête est signée par les avocats constitués.

β) Formes de l'appel dans la procédure contentieuse sans représentation obligatoire

Dans la procédure contentieuse sans représentation obligatoire, la formalité de l'appel consiste dans une déclaration soit verbale, soit adressée par lettre recommandée au secrétariat greffe de la juridiction qui a rendu la décision attaquée, cette déclaration doit comporter un certain nombre de mentions énumérées à l'article 933. Une fois la déclaration formulée, les parties sont convoquées au moins quinze jours à l'avance par le greffier en chef de la cour d'appel par lettre recommandée avec accusé de réception.

b. Formes de l'appel en matière gracieuse

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

## § 2 Procédure d'appel<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Le non-respect des délais impartis par le premier président dans l'ordonnance n'est sanctionné ni par l'irrecevabilité de l'appel (Civ. 2, 17 mars 2016, préc.), ni par la caducité de l'ordonnance et, partant, de l'assignation à jour fixe (Civ. 2, 10 novembre 2016, n° 15-11407, B. II, n° 248).

<sup>2</sup> Cadiet et Jeuland, *op. cit.*, n° 976 et suiv. ; Cl. Brenner et N. Fricero (ss. la dir.), *La nouvelle procédure d'appel*, Lamy 2010 ; L. Cadiet et D. Loriferne (ss. dir.), *La réforme de la procédure d'appel*, IRJS, 2011 ; H. Croze « Procédure d'appel avec représentation obligatoire en matière civile », *JCP* 2010, n° 1-2, 3, p. 9 ; *Procédures* 2010, repère n° 2 ; N. Fricero, *Procédures* 2010, étude 3 ; O. Salati, *Rev. huissiers* 2010, 3 ; J. Villacèque « Le nouveau procès civil devant la cour d'appel : la technique et les hommes,

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

La procédure avec représentation obligatoire, qui est la variété principale de ces procédures, a été substantiellement modifiée par un décret n° 2009-1524 du 9 décembre 2009, pour en améliorer l'efficacité et en accélérer le déroulement. A cette réforme s'ajoute celle de la suppression de la profession d'avoué et le développement des nouvelles technologies, favorisant la communication électronique et la dématérialisation des actes de procédure.

#### A. Procédures devant la formation collégiale

Devant la formation collégiale, la procédure contentieuse ordinaire est celle d'une procédure avec représentation obligatoire sauf disposition contraire.

##### 1. Procédure sans représentation obligatoire

Cependant la liste des cas où la procédure est sans représentation obligatoire n'est pas fixée de manière générale, il faut se référer à chaque texte. On peut en effet prévoir des types de procédure particuliers en raison de la nature de la juridiction qui a rendu le jugement, tel que le conseil des prud'hommes qui donnera lieu à une procédure en appel sans représentation obligatoire. On pourra aussi tenir compte de la matière et aussi certains cas relèvent de choix jurisprudentiels.

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

##### 2. Procédure avec représentation obligatoire

Dans la procédure ordinaire, depuis la suppression de la profession d'avoué, l'avocat a seule qualité pour représenter les parties et conclure en leur nom. C'est lui qui reçoit les avis ou injonctions de la part du président de la chambre de la Cour d'appel qui a été désignée ou de la part du conseiller de la mise en l'état. Cet « émiettement » de la représentation obligatoire en appel<sup>1</sup>, désormais abandonnée aux avocats, fort nombreux, risque de multiplier les erreurs de procédure et les appels inutiles. En effet la procédure devant la cour d'appel est une procédure hautement spécialisée, que les avoués, en nombre limité, maîtrisaient parfaitement. En outre, leur connaissance de la juridiction d'appel devant laquelle ils exerçaient leur permettait de jouer le rôle de filtre en décourageant les appels inutiles<sup>2</sup>.

##### a. Instruction de l'appel

Une fois la demande formée, le premier président va désigner la chambre à laquelle l'affaire doit être distribuée et le secrétariat greffe de la cour donne avis aux avocats (article 904 du Code de procédure civile). L'article 907 prévoit que l'affaire peut se poursuivre dans deux directions différentes. En principe, l'instruction de l'appel se déroule sous le contrôle d'un magistrat de la chambre à laquelle l'affaire est distribuée, le conseiller de la mise en état (article 907). Mais, exceptionnellement, l'instruction peut avoir lieu sans mise en état, dans les cas prévus à l'article 905 du Code de procédure civile.

##### α) Principe : instruction de l'appel avec mise en état

Le conseiller de la mise en état se voit appliquer les articles 780 à 807 du Code de procédure civile, relative au juge de la mise en état dans la procédure suivie devant le tribunal judiciaire (article 907). En outre, il est soumis à des dispositions spécifiques (articles 908 et suiv.), qui lui

paradoxes d'une réforme », *D.* 2010, 663 ; L. Weiller « Réforme de la procédure d'appel : entre efficacité et équité », *D.* 2010, 591.

<sup>1</sup> J. Villacèque, *D.* 2010, 663.

<sup>2</sup> Th. Le Bars « Suppression de la profession d'avoué : et après ? », *JCP G* 6 juill. 2009, *Libres propos* 12 ; B. Beignier « Réformer ou supprimer la postulation en appel ? » *D.* 2009, *Point de vue* 1982.

attribuent des pouvoirs supplémentaires dont le juge de la mise en l'état est dépourvu.

Une fois désigné et jusqu'à son dessaisissement, le conseiller de la mise en état est « *seul compétent* » pour prononcer la caducité de l'appel, pour déclarer l'appel irrecevable et trancher à cette occasion toute question ayant trait à la recevabilité de l'appel ou pour déclarer des conclusions irrecevables (article 914, alinéa 1er, nouveau du Code de procédure civile)<sup>1</sup>. Les parties ne sont plus recevables à invoquer la caducité ou l'irrecevabilité après son dessaisissement, à moins que leur cause ne survienne ou ne soit révélée postérieurement (même texte). Les ordonnances du conseiller de la mise en état statuant sur la fin de non-recevoir tirée de l'irrecevabilité de l'appel, sur la caducité de celui-ci ou sur l'irrecevabilité des conclusions tardives ont autorité de la chose jugée au principal.

La Cour de cassation a précisé que le conseiller de la mise en état ne pouvait cependant ni connaître ni des fins de non-recevoir tranchées par le juge de la mise en état ou par le tribunal, ni de celles qui, bien qu'elles n'aient pas été tranchées en première instance, auraient pour conséquence, si elles étaient accueillies, de remettre en cause ce qui avait été jugé au fond par le premier juge<sup>2</sup>. En effet, la mission du conseiller de la mise en état ne consiste pas à se substituer à la cour pour apprécier les mérites de l'appel. Or c'est à la Cour d'appel d'apprécier si le jugement entrepris s'est prononcé exactement sur une fin de non-recevoir ou sur le fond.

Par ailleurs, en renvoyant aux articles 780 à 787 du Code de procédure civile, relatifs notamment aux pouvoirs du juge de la mise en état devant le tribunal judiciaire, l'article 907 du même code donne indirectement pouvoir au conseiller de la mise en état pour, d'une manière générale, « statuer sur les fins de non-recevoir » (article 789, 6° du Code). Toutefois, l'article 914 du Code, disposition spéciale à la procédure en appel, ne confère, quant à lui, pouvoir au conseiller de la mise en état que pour statuer sur certaines causes d'irrecevabilité. La question se pose donc de savoir quel texte faire prévaloir, le général ou le spécial. En particulier, la doctrine se divise sur le point de savoir si le conseiller de la mise en état a le pouvoir de se prononcer sur la recevabilité d'une demande nouvelle en appel : se fondant sur la généralité des termes de l'article 789,6°, certains auteurs<sup>3</sup> répondent par l'affirmative. Tout à rebours, d'autres<sup>4</sup> font valoir que l'irrecevabilité des demandes nouvelles toucherait trop étroitement au fond et à l'effet dévolutif de l'appel, pour que le conseiller de la mise en état, « juge de la procédure d'appel et non du fond » puisse en connaître.

Selon l'article 772-1 du Code de procédure civile (issu du décret n° 2017-891 du 6 mai 2017), applicable à la procédure devant le conseiller de la mise en état, le juge de la mise en état est saisi par des conclusions qui lui sont spécialement adressées, distinctes des conclusions au fond destinées au tribunal lui-même<sup>5</sup>.

Le conseiller de la mise en état est également « *seul compétent* » pour suspendre l'exécution des jugements improprement qualifiés en dernier ressort et pour exercer les pouvoirs qui lui sont conférés en matière d'exécution provisoire (article 915 du Code de procédure civile), à savoir accorder l'exécution provisoire lorsqu'elle n'a pas été demandée ou si, l'ayant été, le juge a omis de statuer (article 525-1, du Code de procédure civile).

En principe, tout recours immédiat est interdit contre les ordonnances du conseiller de la mise en état, il faut donc attendre le jugement sur le fond (article 916, alinéa 1er du Code de procédure civile). Néanmoins, un régime spécial a été mis en place dans un nombre d'hypothèses relativement nombreuses. En effet, lorsque l'ordonnance du conseiller de la mise en l'état, selon l'article 916, alinéa 2, du Code de procédure civile :

- met fin à l'instance,
- constate l'extinction de l'instance,
- est relative à des mesures provisoire en matière de divorce ou de séparation de corps,

<sup>1</sup> Civ. 3, 24 septembre 2014, n° 13-21524, B. III, n° 114 ; Civ. 2, 9 avril 2015, n° 13-28707 et 14-18730, B. II, n° 94. En revanche, sauf dispositions spécifiques telles celles de l'article 914, alinéa 1er, le conseiller de la mise en état n'a pas le pouvoir de statuer sur une fin de non-recevoir (Civ. 2, 13 octobre 2016, n° 15-24932, B. II, n° 230).

<sup>2</sup> Civ. 2, 3 juin 2021, avis, n° 21-70006 (B) ; D. 2021, 2272, obs. Th. Clay ; *ibid.* 2022, 625, obs. N. Fricero ; R. Lafly « Avis de la Cour de cassation sur les fins de non-recevoir : here it is », D. actu. 17 juin 2021.

<sup>3</sup> Th. Le Bars « La compétence du conseiller de la mise en état pour prononcer l'irrecevabilité des prétentions nouvelles en appel », D. actu. 7 juillet 2022.

<sup>4</sup> M. Barba « Qui connaît de la recevabilité des demandes nouvelles à hauteur d'appel ? », D. actu. 13 mai 2022.

<sup>5</sup> Cette disposition consacre la jurisprudence de la Cour de cassation (Civ. 2, 12 mai 2016, n° 14-25054, B. II, n° 129 ; D. 2016, 1290, note C. Bléry ; *ibid.* 1886, H. Adida-Canac, T. Vasseur et E. de Leiris ; Gaz. Pal. 30 août 2016, p. 56, S. Amrani-Mekki ; JCP 2016, doctr. 1296, n° 7, obs. critiques L. Mayer ; D. Mas « La saisine du magistrat de la mise en état - Réflexions impertinentes d'un artisan du droit sur une remise en ordre », JCP 2016, doctr. 1154). Est, en conséquence, irrecevable la demande tendant à voir prononcer la caducité de la déclaration d'appel, formulées dans conclusions adressées à la cour elle-même et comportant également des demandes et des moyens au fond (même arrêt). Dans le même sens : Cass. 2e civ., 23 juin 2016, n° 15-13483, D. 2016, 186 ; Procédures 2016, comm. 279, note Y. Strickler.

- statue sur une exception de procédure ou un incident mettant fin à l'instance, une fin de non-recevoir ou sur la caducité de l'appel.

L'ordonnance peut faire l'objet d'un déféré par simple requête devant la formation collégiale de la cour, dans un délai de quinze jours à compter de la date de l'ordonnance. Si l'auteur du déféré critique certains chefs du dispositif de l'ordonnance du conseiller de la mise en état uniquement, son adversaire peut étendre la critique à d'autres chefs de la décision déferée, sans être tenu par le délai de quinze jours<sup>1</sup>.

La requête en déféré doit être remise au greffe de la chambre à laquelle l'affaire est distribuée. Conformément aux dispositions de l'article 930-1 du Code de procédure civile consacrant la dématérialisation de la procédure d'appel, cette remise s'opère par voie électronique, à peine d'irrecevabilité<sup>2</sup> : la remise sur support papier ne peut être employée que si celui qui l'accomplit, établit l'existence d'une cause étrangère ayant fait obstacle à la transmission par voie électronique.

Outre les mentions prescrites par l'article 57<sup>3</sup> et à peine d'irrecevabilité, la requête comporte l'indication de la décision déferée ainsi qu'un exposé des moyens en fait et en droit (article 916, alinéa 4, du Code de procédure civile, en sa rédaction issue du décret n° 2017-891 du 6 mai 2017).

Une fois l'affaire mise en l'état, le conseiller de la mise en l'état va, au terme de son instruction, rendre une ordonnance de clôture qui va dès lors interdire tout dépôt de conclusions ultérieures et l'affaire va être renvoyée devant l'audience de la chambre à laquelle elle est débattue (article 912 du Code de procédure civile).

#### β) Exception : instruction de l'appel sans mise en état

L'instruction de l'appel sans mise en état implique le renvoi à une audience fixée à bref délai par le président de la chambre saisie, d'office ou à la demande d'une des parties (article 905 du Code de procédure civile). Il en est ainsi dans les hypothèses limitativement énumérées par l'article 905, auxquelles il suffit de se reporter<sup>4</sup>.

Lorsque l'affaire est ainsi fixée à bref délai, l'appelant signifie à l'intimé la déclaration d'appel dans les dix jours de la réception de l'avis de fixation qui lui est adressé par le greffe, à peine de caducité de la déclaration d'appel relevé d'office par le président de la chambre ou le magistrat désigné par le premier président (article 905-1 du code de procédure civile)<sup>5</sup> ; cependant, si, entre-temps, l'intimé a constitué avocat avant signification de la déclaration d'appel, il est procédé par voie de notification à son avocat (même texte)<sup>6</sup>.

Quelle que soit la voie suivie, l'audience des débats s'ouvre. Lors de cette audience, il est fréquent que le conseiller de la mise en l'état ou un autre conseiller ait été chargé par le premier président de présenter un rapport avant les plaidoiries. Les plaidoiries d'ailleurs peuvent très bien se tenir devant le conseiller de la mise en l'état ou le conseiller chargé d'établir le rapport avec l'accord des parties. Dans ce cas, un compte-rendu sera fait aux autres conseillers au cours du délibéré. Sinon, l'arrêt est

<sup>1</sup> Civ. 2, 13 mai 2015, n° 14-13801, B. II, n° 115 ; D. 2015, *Chr. C. Cass.* 1791, n° 4, obs. H. Adida-Canac, Th. Vasseur et E. de Leiris, préc.

<sup>2</sup> Civ. 2, 1er juin 2017, n° 16-18361, B. II, n° 117 ; D. 2017, 1868, obs. E. de Leiris.

<sup>3</sup> La Cour de cassation avait jugé antérieurement (Civ. 2, 26 juin 2014, n° 13-11635, B. II, n° 158 ; D. 2014, *Chr. C. Cass.* 1722, obs. H. Adida-Canac, Th. Vasseur et E. de Leiris) qu'elle pouvait consister en une simple lettre adressée au président de la chambre de la cour d'appel saisie de l'appel, pourvu qu'elle indique l'objet de la demande et un exposé des moyens.

<sup>4</sup> Cass. avis 3 juin 2013, n° 13-70004, B. avis C. cass., n° 8 ; BICC n° 788, 1er octobre 2013, p. 29, rap. Pimouille : Les articles 908 à 911 du Code de procédure civile, imposant des délais pour conclure à peine de caducité de la déclaration d'appel ou d'irrecevabilité des conclusions, relevées d'office, sont alors inapplicables. Dans le même ordre d'idée, à défaut de mise en état, une caducité de la déclaration d'appel pour inobservation des formalités de l'article 902 du Code de procédure civile ne peut être prononcée : Civ. 2, 2 juin 2016, n° 15-18596, B. II, n° 148.

<sup>5</sup> Selon la Cour de cassation (Civ. 2, 9 septembre 2021, n° 19-25187 (B) ), la brièveté de ce délai ne contrevient pas à l'exigence d'un procès équitable formulée par l'article 6, § 1 de la convention EDH. Toujours d'après la Cour de cassation (Civ. 2, 5 décembre 2019, n° 18-17867 (P) ), la caducité n'est toutefois pas encourue du seul fait que la déclaration d'appel est entachée d'une irrégularité de forme, si la nullité de cette déclaration n'a pas été prononcée.

<sup>6</sup> Dans cette dernière hypothèse, le délai de dix jours pour notifier à avocat n'est pas imposé à peine de caducité de la déclaration d'appel, selon la Cour de cassation, car une telle sanction apparaîtrait disproportionnée au regard des exigences du procès équitable formulées par l'article 6, § 1, CEDH (Civ. 2, avis, 12 juillet 2018, n° 18-70008 (P) ; JCP 2018, 889, note N. Gerbay ; *ibid.*, *doctr.* 1288, n° 9, obs. L. Mayer ; *Gaz. Pal.* 31 juillet 2018, p. 75, obs. S. Amrani-Mekki).



mis en délibéré, puis prononcé selon les règles du droit commun.

b. Conclusions

α) Dépôt et signification des conclusions

Le dépôt des conclusions est réglementé par les articles 906 et suivants du Code de procédure civile, lesquels imposent le respect de la contradiction en forçant chaque avocat à notifier ses conclusions et communiquer simultanément ses pièces à l'adversaire (article 906, alinéa 1er).

La copie de ces conclusions doit bien entendu être remise au greffe avec justification de leur notification qui peut être multiple en cas de pluralité de demandeur ou de défendeur (article 906, alinéa 2). La communication électronique des conclusions est en passe, rappelons-le, de supplanter la communication classique (article 930-1 du Code de procédure civile)<sup>1</sup>.

Les articles 908 et suivants prévoient des délais qui ont été sensiblement raccourcis par un décret du 9 décembre 2009 par rapport au droit antérieur, afin d'accélérer la procédure d'appel, à telle enseigne qu'un auteur, M. Hervé Croze, a pu parler d'un appel « à marche forcée ».

Désormais, selon l'article 908, l'appelant doit remettre ses conclusions au greffe dans les trois mois de la date la déclaration d'appel<sup>2</sup> et, dans ce même délai, les notifier à l'intimé, par l'entremise de son avocat constitué (article 911). Si, toutefois, l'intimé n'a pas constitué avocat, l'appelant dispose d'un mois supplémentaire pour lui signifier directement les conclusions<sup>3</sup>, à moins que l'intimé n'ait, entre-temps, constitué avocat, auquel cas ces conclusions seront notifiées audit avocat (article 911, *in fine*)<sup>4</sup>.

Quant à l'intimé, il dispose, aux termes des articles 909 et 910, d'un délai maximal de trois mois à compter de la notification des conclusions de l'appelant pour conclure à son tour ou, le cas échéant, former appel incident. De surcroît, le conseiller de la mise en état a le pouvoir d'imposer aux parties et à leurs représentants des délais encore plus courts pour conclure, que ceux fixés aux articles 908 à 910 (article 911-1, alinéa 1er, du Code de procédure civile).

Seules les conclusions qui déterminent l'objet du litige sont propres à interrompre ces délais de procédure (article 910-1, du Code de procédure civile). Les conclusions relatives à un incident susceptible de mettre fin à l'instance n'ont donc pas d'effet interruptif, ce qui doit conduire les avocats à la plus grande vigilance<sup>5</sup>.

Les délais peuvent néanmoins également être interrompus par la décision qui ordonne une médiation, le délai redémarrant à l'expiration de la mission du médiateur (article 910-2). Cette interruption peut également avoir lieu après l'expiration des délais alors que le conseiller de la mise en état est saisi d'une demande de nouveaux échanges car la médiation doit être favorisée à tous stades (article 912).

La sanction de l'obligation de conclure ou de relever appel incident dans les délais est sévère, puisqu'elle consiste, selon qu'elle concerne l'appelant ou l'intimé, soit en la caducité de la déclaration d'appel, soit en l'irrecevabilité des conclusions ou de l'appel incident, relevées d'office (articles 908 à 910 du Code de procédure civile). Selon la Cour de cassation<sup>6</sup>, l'intimé dont les conclusions sont déclarées irrecevables, est réputé ne pas avoir conclu et s'être approprié les motifs du jugement attaqué.

<sup>1</sup> Cf. *supra*.

<sup>2</sup> Et non de la date, qui peut être postérieure, de l'enregistrement de celle-ci par le greffe (Civ. 2, 5 juin 2014, n° 13-21023, *Procédures* 2014, n° 224, obs. R. Perrot).

<sup>3</sup> Civ. 2, 19 mars 2015, n° 14-10952, B. II, n° 63 : le délai supplémentaire d'un mois n'est ouvert à l'appelant que s'il a déposé ses conclusions au greffe dans les trois mois de sa déclaration au greffe ; à défaut, sa déclaration d'appel est caduque en application de l'article 908 du Code de procédure civile.

<sup>4</sup> Mais l'appelant ne doit pas signifier ses conclusions à l'avocat de l'intimé avant que celui-ci ne se soit constitué sur l'appel : la constitution ultérieure de celui-ci n'est pas de nature à régulariser l'irrégularité de fond dont la notification à avocat est alors entachée, en application de l'article 117 du Code de procédure civile, et à faire échapper ainsi l'appel à la sanction de la caducité (Civ. 2, 27 février 2020, n° 19-10849 (P) ; *LPA* n° 162-163, 14 août 2020, p. 8, note M. Barba).

<sup>5</sup> Amrani-Mekki « L'appel en matière civile : en marche vers un nouvel équilibre procédural ?... », *op. cit.*, n° 24 ; E. Bendelac « Quel est l'impact du décret n° 2017-891 relatif à la procédure d'appel sur le métier d'avocat ? », *LPA* n° 162-163, 16 août 2017, p. 5.

<sup>6</sup> Civ. 2, 10 janvier 2019, n° 17-20018 (P) ; *D.* 2019, *Pan.* 558, obs. N. Fricéro.

Selon l'article 906, alinéa 3, du Code de procédure civile<sup>1</sup>, l'irrecevabilité des conclusions s'étend aux pièces communiquées à l'appui de ces conclusions. En effet, ces pièces ne peuvent plus se rattacher et venir au soutien d'une quelconque prétention recevable<sup>2</sup>.

Aux termes de l'article 910-3 du Code de procédure civile, en cas de force majeure, le président de la chambre ou le conseiller de la mise en état peut écarter, selon les cas, la caducité ou l'irrecevabilité encourue. Selon la Cour de cassation<sup>3</sup>, la force majeure au sens de ce texte s'entend de « *la circonstance non imputable au fait de la partie qui l'invoque et qui revêt pour elle un caractère insurmontable* ». Cette définition omet l'imprévisibilité comme composante de la force majeure, contrairement à l'article 1218 du Code civil. Mais cette dernière disposition est relative aux conditions d'exonération du débiteur de sa responsabilité contractuelle. L'imprévisibilité étant une condition qui n'a de sens qu'en cette matière, à laquelle l'article 910-3 est étranger, on peut comprendre que la Cour de cassation n'en fasse point mention.

Toujours est-il que, selon la doctrine, ce tempérament à la caducité ou à l'irrecevabilité que ce tempérament n'aura guère l'occasion de jouer en pratique, car les conditions de la force majeure seront rarement remplies<sup>4</sup>. La Cour de cassation exerce son contrôle sur l'appréciation des juges du fond quant à l'existence<sup>5</sup> ou l'absence d'un cas de force majeure<sup>6</sup>.

La sanction de la caducité ou de l'irrecevabilité de l'appel ou des conclusions est prononcée par ordonnance du conseiller de la mise en état (article 911-1, alinéa 1er, du Code de procédure civile) qui statue après avoir sollicité les observations écrites des parties, soit d'office par la cour d'appel (article 914, avant-dernier alinéa).

La décision du conseiller de la mise en état a autorité de la chose jugée au principal (article 914, dernier alinéa). Elle peut faire l'objet d'un déféré à la cour dans les quinze jours de sa date (article 916, alinéa 2). Selon la Cour de cassation<sup>7</sup>, qui s'en est tenue à une interprétation littérale de l'article 914, alinéa 1er, le conseiller de la mise en état est, en revanche, incompétent pour se prononcer sur l'irrecevabilité de pièces qui n'auraient pas été communiquées simultanément aux conclusions.

La Cour de cassation a toutefois vidé de son contenu l'exigence de simultanéité entre la notification des conclusions et la communication des pièces, formulée par l'article 906, alinéa 1er, précité. Relevant, en effet, que l'article 908 ne sanctionnait, par la caducité de la déclaration d'appel, que le retard à conclure, elle a en déduit, que les pièces communiquées postérieurement à la notification des conclusions étaient recevables, dès lors que l'article 15 du Code de procédure civile, imposant aux parties de se faire connaître en temps utile les éléments de preuve qu'elles produisent, était respecté, ce qu'il appartient aux juges du fond d'apprécier souverainement<sup>8</sup>. Ainsi, selon la Cour de cassation, la violation de l'exigence de simultanéité imposée par l'article 906, alinéa 1er, n'est-elle pas automatiquement sanctionnée par l'irrecevabilité des pièces.

Dans la procédure d'appel à bref délai, des délais encore plus courts sont imposés aux parties pour conclure, également à peine, selon les cas, de caducité de l'appel ou d'irrecevabilité des conclusions et des pièces qui leur sont associées (articles 905 à 905-2 du Code de procédure civile) : signification de la déclaration d'appel à l'intimé dans un délai de dix jours, remise des conclusions par l'appelant au greffe dans un délai d'un mois par l'appelant à peine de caducité de la déclaration d'appel, puis de ses conclusions par l'intimé dans un délai d'un mois à compter de

<sup>1</sup> Cette disposition consacre la jurisprudence de la Cour de cassation : Ass. plén. 5 décembre 2014, n° 13-27501, *B. ass. plén.*, n° 2 ; *JCP* 2014, 1300, obs. Ph. Gerbay ; *JCP* 2015, 10, note N. Fricero et *doctr.* 424, n° 10, obs. Y.-M. Serinet. Dans le droit antérieur, l'affaire était simplement radiée du rôle et elle pouvait toujours être ultérieurement rétablie.

<sup>2</sup> En revanche, toujours selon la Cour de cassation, et conformément à l'article 135 du Code de procédure civile, les pièces qui n'ont pas été communiquées en temps utile doivent être écartées des débats, quand bien même les conclusions qui les visent auraient, elles, été déclarées recevables (Civ. 2, 6 décembre 2018, n° 17-17557 (P) ; *BICC* n° 900, 15 avril 2019, n° 419 et la note ; *JCP* 2018, *Act.*, 1368, note G. Deharo ; *Gaz. Pal.* 2019, n° 4, p. 64, note C. Bléry ; *RLDC* 2019, n° 6537, p. 9, note A. Dorange ; *Procédures* 2019, *comm.* 40, note Y. Strickler). La Cour de cassation s'est donc refusé à « bilatéraliser » le lien entre conclusions et pièces qu'elle a établi dans son arrêt du 5 décembre 2014, dont l'article 906, alinéa 3, du Code de procédure civile, a consacré, on l'a vu, la solution.

<sup>3</sup> Civ. 2, 17 mai 2023, n° 21-21361 (B) ; *Procédures* n° 7, juillet 2023, *comm.* 201, Y. Strickler.

<sup>4</sup> Amrani-Mekki, *op. cit.*, n° 28.

<sup>5</sup> Civ. 2, 14 novembre 2019, n° 18-17839 (P) ; *D. actualité*, 6 décembre 2019, obs. R. Laffly ; Civ. 2, 27 février 2020, n° 19-10849, préc.

<sup>6</sup> Civ. 2, 17 mai 2023, n° 21-21361, préc.

<sup>7</sup> Cass. avis 21 janvier 2013, *B. avis*, n° 4.

<sup>8</sup> Civ. 2, 30 janvier 2014, n° 12-24145, *B. I.*, n° 26 ; *JCP* 1994, 161, note B. Travier et R. Guichard ; *ibid.* 1994, 297, note J. Vallet-Pamart ; *ibid.* 1994, 436, n°8, obs. Y.-M. Serinet ; *Procédures* 1994, n° 97, obs. R. Perrot ; Ass. plén. 5 décembre 2014, n° 13-19674, *B. ass. plén.*, n° 3 ; *D.* 2015, 287, obs. N. Fricero ; *JCP* 2014, 1300, obs. Ph. Gerbay ; *JCP* 2015, 10, note N. Fricero et *doctr.* 424, n° 10, obs. Y.-M. Serinet ; *Procédures* février 2015, obs. H. Croze ; *RTD civ.* 2015, 201, obs. N. Cayrol. *Cf. supra* : « Principes directeurs du procès », sect. 3 « Principe du contradictoire ». Un avis de la Cour de cassation avait pourtant antérieurement affirmé le contraire : C. cass. avis 25 juin 2012, n° 12-00005, 12-00006 et 12-00007, *B. avis*, n° 5 ; *D.* 2012, 1748 ; *Dr. et proc.* 2012, 205, note O. Salati ; *D.* 2012, 2435, note C. Alcalde ; *JCP* 2012, 1254, n° 9, obs. S. Amrani-Mekki.

la signification des conclusions de l'appelant, à peine d'irrecevabilité.

β) Contenu des conclusions

Le contenu des conclusions est, lui aussi, réglementé, par l'article 954 du Code de procédure civile. Ce texte est le pendant, pour la procédure d'appel, de l'article 768 relatif à la procédure contentieuse ordinaire devant le tribunal judiciaire. Le décret n° 2017-891 du 6 mai 2017 a non seulement renforcé le formalisme des conclusions, mais encore l'a complété par une condition d'ordre temporel, énoncée à l'article 910-2 du Code de procédure civile.

- L'article 954, alinéa 1er, exige, tout d'abord, que les conclusions d'appel contiennent, en tête, les indications prévues à l'article 960 du code, relatives à la partie dans l'intérêt de laquelle elles sont notifiées. Cette exigence est prévue à peine d'irrecevabilité des conclusions (article 961, alinéa 1er, du code)<sup>1</sup>, mais la fin de non-recevoir peut être régularisée jusqu'au jour du prononcé de la clôture ou, en l'absence de mise en état, jusqu'à l'ouverture des débats (même texte).

Mais surtout, de même que pour les écritures de première instance, l'article 954, alinéa 1er, exige que ces écritures formulent expressément :

- les prétentions des parties,
- les moyens de droit et de fait sur lesquelles elles sont fondées, avec indication pour chaque prétention des pièces invoquées et de leur numérotation.

Les conclusions doivent donc être qualificatives, sachant que par le biais d'un bordereau récapitulatif qui leur est annexé, les pièces invoquées et numérotées sont également fournies.

- De plus, toujours selon l'article 954, alinéa 2, les conclusions doivent être structurées, afin de faciliter le travail des magistrats. Elles doivent en effet comprendre distinctement :
  - un exposé des faits et de la procédure,
  - l'énoncé des chefs de jugement critiqués,
  - une discussion des prétentions et des moyens,
  - ainsi qu'un dispositif récapitulant les prétentions<sup>2</sup>.

Cette obligation supplémentaire imposée aux parties et aux représentant des parties est sanctionnée, car, toujours selon l'article 954, alinéa 2, la cour « *ne statue que sur les prétentions énoncées au dispositif et n'examine les moyens au soutien de ces prétentions que s'ils sont invoqués dans la discussion* ». Dès lors, si des prétentions sont émises dans les motifs, la cour d'appel n'en est pas régulièrement saisie<sup>3</sup>, sans qu'on puisse lui reprocher par la suite une omission de statuer ; de même si les moyens soutenant ces prétentions ne sont pas invoqués dans la discussion<sup>4</sup>.

Il en résulte encore, selon la Cour de cassation<sup>5</sup>, que si les conclusions remise dans le délai de trois mois de la déclaration d'appel, impartie par l'article 908 à l'appelant, ne comportent pas les prétentions tendant à l'infirmité ou l'annulation du jugement frappé d'appel, la déclaration d'appel elle-même encourt la caducité en application de ce texte.

- Issu de la réforme de la procédure d'appel résultant du décret du 6 mai 2017, l'article 910-2, alinéa 1er, du Code de procédure civile impose, en outre, une condition d'ordre temporel dans l'invocation des prétentions. Selon ce texte, en effet, « *à peine d'irrecevabilité relevée d'office* » ou « *par la partie contre laquelle sont formées des prétentions ultérieures* », les parties doivent présenter, dès leurs conclusions initiales d'appel ou en défense, « *l'ensemble*

<sup>1</sup> Com. 20 novembre 2019, n° 17-27807 : absence d'indication du siège social d'une personne morale. Le juge ne peut soulever d'office l'irrecevabilité : Com. 6 septembre 2016, n° 14-25891, B. IV, n° 110.

<sup>2</sup> Ph. Gerbay « Le dispositif des conclusions : entre simplicité et écueils », *Gaz. Pal.* 9 février 2021, p. 13.

<sup>3</sup> Civ. 3, 2 juillet 2014, n° 13-13738, B. III, n° 93 ; Civ. 3, 5 mars 2020, n° 19-14478 ; Civ. 2, 17 septembre 2020, n° 18-23626 (P) ; D. 2020, 2046, note M. Barba.

<sup>4</sup> Ce qui, à la lettre, revient curieusement à priver le juge du pouvoir, qu'il tient des articles 12 et 16 du Code de procédure civile, de relever d'office des moyens de droit, sauf à provoquer préalablement les explications des parties (Amrani-Mekki « L'appel en matière civile : en marche vers un nouvel équilibre procédural ?... », *op. cit.*, n° 11).

<sup>5</sup> Civ. 2, 9 septembre 2021, n° 20-17263 (B).

de leurs prétentions sur le fond »<sup>1</sup>. Le domaine de cette règle et les exceptions qu'elle comporte doivent être précisés.

- L'exigence de concentration procédurale des prétentions<sup>2</sup> ne s'applique qu'à ces dernières, et non aux moyens invoqués à l'appui de ces prétentions. Les moyens invoqués postérieurement aux conclusions initiales demeurent donc recevables, pourvu qu'il le soit dans des conclusions signifiées avant l'ordonnance de clôture du conseiller de la mise en état.
- Par dérogation à l'exigence, certaines prétentions sont recevables en tout état de cause, jusqu'à l'ordonnance de clôture. En effet (article 910-4, alinéa 2) :

*« demeurent recevables, dans les limites des chefs du jugement critiqués, les prétentions destinées à répliquer aux conclusions et pièces adverses ou à faire juger les questions nées, postérieurement aux premières conclusions, de l'intervention d'un tiers ou de la survenance ou de la révélation d'un fait ».*

Conformément à l'article 802 du Code de procédure civile, texte relatif à la procédure de mise en état devant le tribunal judiciaire, dont l'article 910-4, alinéa 2, réserve l'application, certaines prétentions sont même recevables postérieurement à l'ordonnance de clôture :

*« les demandes en intervention volontaire, les conclusions relatives aux loyers, arrérages, intérêts et autres accessoires échus et aux débours faits jusqu'à l'ouverture des débats, si leur décompte ne peut faire l'objet d'aucune contestation sérieuse, ainsi que les demandes de révocation de l'ordonnance de clôture ».*

- Enfin, l'article 954, alinéa 3, précise que les parties doivent reprendre dans leurs dernières écritures les prétentions et moyens invoquées précédemment sous peine de les voir considérées comme abandonnées, la cour ne statuant que sur les dernières conclusions déposées. Les parties ont ainsi l'obligation, comme devant le tribunal judiciaire, de signifier et notifier des conclusions récapitulatives.

La reprise des prétentions et moyens antérieurs doit être expresse<sup>3</sup>. De même que devant le tribunal judiciaire, la sanction de cette obligation est qu'il n'est fait au juge obligation de statuer que sur les dernières conclusions, ce qui implique que les conclusions antérieures non reprises sont réputées abandonnées (article 954, alinéa 3, du Code de procédure civile précité)<sup>4</sup>.

La Cour de Cassation a cependant limité la portée de cette dernière obligation incombant aux parties, par une jurisprudence qui s'applique aussi bien aux conclusions devant le tribunal judiciaire qu'à celles devant la cour d'appel<sup>5</sup>. Elle a précisé, rappelons-le, que certains effets de droit restent attachés aux conclusions que celles-ci soient ou non reprises, « au regard notamment de l'interruption de la prescription ou de la péremption »<sup>6</sup>. Dans le même ordre d'idée, un aveu judiciaire ne saurait, toujours selon cette jurisprudence, être remis en cause en raison du fait qu'il aurait été contenu dans des conclusions d'appel antérieures aux dernières conclusions, sans être repris par ces dernières, dès lors que l'actuel article 1356, alinéa 3, du Code civil – nouvel article 1383-2, dernier alinéa – lui attribue un effet irrévocable<sup>7</sup>.

Une autre limite à la portée de cette obligation, spécifique à la procédure devant la cour d'appel, résulte de l'article 954, dernier alinéa. En effet, ce texte prévoit que « *La partie qui ne conclut pas ou qui, sans énoncer de nouveaux moyens, demande la confirmation du jugement est réputée s'en approprier les motifs* »<sup>8</sup>. Les conclusions qui se bornent, sans énoncer de moyens nouveaux, à solliciter la confirmation du jugement entrepris sont donc

<sup>1</sup> E. Bendelac, *op. cit.*, *passim*.

<sup>2</sup> *Sic* : Amrani-Mekki, *op. cit.*, n° 12.

<sup>3</sup> Civ. 2, 26 juin 2014, n° 13-20393, B. II, n° 150 ; Civ. 2, 6 septembre 2018, n° 17-19657 (P).

<sup>4</sup> Soc. 21 septembre 2017, n° 16-24022, B. V, n° 144 : l'application de cette sanction légale ne méconnaît pas l'article 6, § 1 de la convention EDH.

<sup>5</sup> *Cf. supra* : 2ème partie « L'instance », titre II « Déroulement de l'instance », chap. I « Les procédures devant le tribunal judiciaire », section 1 « La procédure contentieuse écrite », § 1 « La procédure contentieuse écrite ordinaire », B. « Instruction de l'affaire », 1. « Rôle des parties au cours de l'instruction », b. « Formalisme des conclusions ».

<sup>6</sup> Cass. avis 10 juillet 2010, préc.

<sup>7</sup> Civ. 1, 20 mai 2003, B. I, n° 117 ; *RTD civ.* 2003, 543, obs. R. Perrot et 2004, 293, obs. J. Mestre et B. Fages ; rappr., pour l'irrévocabilité de l'aveu judiciaire contenu dans des conclusions de première instance et non repris dans les dernières conclusions d'appel : Civ. 1, 13 février 2007, B. I, n° 56 ; *Procédures* 2007, n° 78, obs. R. Perrot ; *Droit et patrimoine* 2008, 99, obs. S. Amrani-Mekki.

<sup>8</sup> Civ. 1, 30 novembre 2004, B. I, n° 291.

soustraites à l'exigence de récapitulation<sup>1</sup>.

## B. Procédures suivies devant le Premier président

Le premier président de la Cour d'appel n'est pas seulement un chef de juridiction, il constitue lui-même une juridiction dans trois situations<sup>2</sup>.

Il est juridiction d'appel des décisions de première instance dans certaines situations particulières par exemple en matière de rémunération des auxiliaires de justice et des techniciens. Ensuite, conformément à l'article 956 du Code de procédure civile, il peut prendre des mesures en la forme des référés ou en référé. Enfin, en vertu de l'article 958, il peut aussi statuer par ordonnance sur requête, sous la condition générale qu'il soit nécessaire que la mesure ne soit pas prise contradictoirement.

## § 3 Effets de l'appel

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

### A. Effet suspensif

L'article 539 du Code de procédure civile prévoit que le délai d'appel et l'exercice de l'appel suspendent l'exécution du jugement, à moins que la décision ne bénéficie de l'exécution provisoire de droit ou que cette exécution provisoire n'ait été accordée par le juge<sup>3</sup>. Ainsi, tout acte d'exécution qui serait accompli sur le fondement d'un jugement déféré à la cour d'appel est nul.

Toutefois l'effet suspensif ne prive pas cette première décision de toute efficacité, dans la mesure où la jurisprudence admet traditionnellement qu'une décision frappée d'appel puisse justifier des mesures conservatoires<sup>4</sup>.

Surtout l'appel n'a d'effet suspensif que pour autant que la décision entreprise ne soit pas assortie de l'exécution provisoire, comme le précise l'article 539 *in fine*. Or l'article 514 du Code de procédure civile prévoit désormais que les décisions de première instance sont, de droit, exécutoires à titre provisoire. C'est dire que l'effet suspensif de l'appel est, la plupart du temps, neutralisé<sup>5</sup>.

### B. Effet dévolutif

L'article 561 dispose que « *L'appel remet la chose jugée en question devant la juridiction d'appel* » et qu'« *Il est à nouveau statué en fait et en droit dans les conditions et limites* » énoncées par le Code de procédure civile. Par l'acte d'appel, le litige est donc transporté des premiers aux seconds juges dans toutes ses questions de fait et de droit, sous certaines limites légales, afin qu'il soit à nouveau statué. Ce principe de l'effet dévolutif de l'appel commande toute une série de conséquences quant aux pouvoirs et aux prérogatives du juge d'appel. Il connaît toutefois certaines limites.

#### 1. Principe de l'effet dévolutif de l'appel

La première conséquence est que l'appel entraîne la saisine de la Cour d'appel qui a un caractère impératif. En effet, la Cour d'appel a l'obligation de statuer elle-même sur le litige qui lui a été dévolu.

Parallèlement, il en découle une deuxième conséquence, c'est que la saisine de la Cour d'appel entraîne

<sup>1</sup> Ne solliciteraient-elles d'ailleurs, selon la Cour de cassation, qu'une confirmation partielle (Civ. 3, 10 novembre 2010, n° 09-10587, B. III, n° 202 ; *Procédures* 2010, n° 36, obs. R. Perrot)

<sup>2</sup> *Cf. supra* : 1ère partie « L'accès au juge », titre II « La compétence », chap. I « Détermination de la compétence », section 1 « Détermination de la compétence d'attribution ».

<sup>3</sup> *Cf. supra* : titre I « Le jugement », chap. IV « Effets du jugement », section 3 « Force exécutoire ».

<sup>4</sup> Req. 31 décembre 1867, *D.P.* 68, 1, 219 ; Civ. 2, 18 février 1981, B. II, n° 36 ; *Gaz. Pal.* 1981, 316, note J. Viatte ; *D.* 1982, 24, note Joly ; *RTD civ.* 1981, 702, obs. R. Perrot.

<sup>5</sup> *Cf. supra* : titre I « Le jugement », chap. IV « Effets du jugement », section 3 « Force exécutoire », § 2 « Modalités d'exercice du droit à l'exécution des décisions de justice », B. « Exécution provisoire d'une décision de justice », 1. Domaine de l'exécution provisoire », a. Exécution provisoire de droit ».

nécessairement le dessaisissement des premiers juges et des pouvoirs qui leur appartenaient jusque-là. Les juges d'appel devant lesquels le litige est remis en question sont investis des pleins pouvoirs pour statuer comme les premiers juges en fait et en droit. Ils bénéficient d'une plénitude de juridiction qui peut très bien les conduire à ordonner, par exemple, de nouvelles mesures d'instruction. Tout est repris en quelque sorte à zéro. La saisine de la Cour d'appel remet en question la chose jugée.

## 2. Limites à l'effet dévolutif de l'appel

Pour qu'il soit, comme l'indique l'article 561, statué à nouveau en droit et en fait, en principe, la dévolution est totale et complète. Mais cette dévolution totale et complète se trouve en réalité limitée par deux autres règles : il n'est dévolu qu'autant qu'il est jugé, d'une part ; il n'est dévolu qu'autant qu'il est appelé, d'autre part<sup>1</sup>.

### a. Il n'est dévolu qu'autant qu'il est jugé

La première limite apportée à l'effet dévolutif tient à ce qu'il n'est dévolu qu'autant qu'il est jugé : *Tantum devolutum, quantum judicatum*. Seule la chose jugée par les premiers juges est remise en question et non les points non encore tranchés conformément au principe du double degré de juridiction. L'appel doit permettre à la cour de vérifier que les juges du premier degré ont correctement apprécié les faits et le droit, ce qui implique nécessairement que le contrôle s'exerce sur des éléments déjà jugés.

C'est ainsi que l'article 564 du Code de procédure civile interdit de former en appel des prétentions nouvelles, c'est-à-dire qui n'auraient pas été soumises au premier juge, à peine d'irrecevabilité<sup>2</sup> prononcée d'office. En réalité, le strict respect de ce principe de prohibition des prétentions nouvelles s'accorde mal avec la volonté d'accélérer le cours de la justice, laquelle exige de grouper en un seul procès tous les éléments relatifs à un litige donné. Aussi a-t-on constaté une nette évolution de la voie d'appel : elle est devenue une véritable voie d'achèvement du procès, qui ne permet pas seulement la transmission à un second juge des éléments identiques, mais qui permet aussi de poursuivre en appel le débat engagé en première instance. D'où un certain nombre de règles qui viennent fortement atténuer le principe de l'irrecevabilité des prétentions nouvelles en appel<sup>3</sup>, dont on examinera successivement la portée, puis les dérogations.

#### α) Portée du principe de l'irrecevabilité des prétentions nouvelles en appel

Plusieurs dispositions légales viennent restreindre la portée du principe. De son côté, la jurisprudence a également contribué à limiter cette portée.

- Tout d'abord, l'article 565 adopte une conception singulièrement restrictive de la demande nouvelle, puisqu'il énonce que « *Les prétentions ne sont pas nouvelles dès lors qu'elles tendent aux mêmes fins que celles soumises au premier juge même si leur fondement juridique est différent.* » Aussi résulte-t-il de la jurisprudence que seule la prétention qui modifie l'objet de la demande ou bien qui change les parties ou leur qualité, présente une nouveauté la rendant irrecevable en appel<sup>4</sup>.

Ex. l'action en résiliation, qui a pour effet de mettre à néant le contrat de bail, ne tend pas aux mêmes fins que la demande tendant à l'application de clauses de ce contrat, qui le

<sup>1</sup> Chainais et alii, *Procédure civile*, n° 1359, n° 1361 et suiv., n° 1363 et suiv.

<sup>2</sup> La demande nouvelle en appel est déclarée irrecevable, et non pas rejetée. Rien n'interdit donc de la reprendre devant la juridiction de première instance (Civ. 2, 27 mai 2009, n° 08-11388, B. II, n° 123 ; Civ. 2, 9 juillet 2009, n° 08-17600).

<sup>3</sup> Civ. 2, 17 septembre 2020, n° 19-17449 (P), § 7 ; *JCP* 23 novembre 2020, 1307, note Ph. Gerbay : la cour d'appel est tenue de rechercher d'office si la demande est irrecevable en raison de sa nouveauté, au regard des exceptions et limitations posées par les articles 564 à 567 du Code de procédure civile.

<sup>4</sup> Cf. par ex. Civ. 2, 9 février 1994, n° 92-15515, B. II, n° 48 : l'action en nullité d'un partage pour défaut de cause et l'action en nullité de ce même acte pour donation déguisée tendent aux mêmes fins, à savoir l'anéantissement de l'acte ; Civ. 1, 2 février 1999, n° 96-21291, B. I, n° 33 ; D. 1999, *Somm.* 217, obs. P. Julien ; *RG proc.* 1999, 627, obs. G. Wiederkehr : l'exception d'inexécution et l'action en résolution d'une convention constituent, sous deux formes différentes, l'exercice d'un même droit et tendent aux mêmes fins ; Com. 16 janvier 2001, n° 97-14104, B. IV, n° 10 : « *l'action en exécution et l'action en résolution d'une convention constituent sous deux formes différentes l'exercice du même droit et tendent aux mêmes fins* » ; Civ. 2, 10 mars 2004, n° 02-15062, B. II, n° 99 et Civ. 2, 2 juillet 2008, n° 07-19367, B. II, n° 160 : ont la même objet et, partant, la même fin, la demande en exécution d'un contrat et la demande en réparation par équivalent, du préjudice résultant de l'inexécution fautive de ce contrat ; Civ. 1, 7 septembre 2022, n° 21-16646 (B), *Daloz Actu.* 23 septembre 2022, obs. R. Laffly : la demande en annulation d'une stipulation d'intérêts avec substitution du taux légal tend aux mêmes fins que celle en déchéance du droit aux intérêts, dès lors qu'elles visent l'une et l'autre à priver le prêteur de son droit à des intérêts conventionnels.

laisse subsister<sup>1</sup>.

Ex. en revanche « l'action en exécution et l'action en résolution d'une convention constituent sous deux formes différentes l'exercice du même droit et tendent aux mêmes fins »<sup>2</sup>.

- Ensuite, l'article 563 du Code de procédure civile atténue également le principe de prohibition des prétentions nouvelles, en permettant aux parties de produire en appel des pièces nouvelles ou de proposer des preuves nouvelles pour justifier les prétentions qu'elles avaient soumises en première instance.
- En outre, le même article 563 autorise la formulation de moyens nouveaux. Quand bien même ils contrediraient ceux soulevés en première instance, ils sont recevables, sans que le principe de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui puisse être opposé à la partie qui s'en prévaut<sup>3</sup>. Or la frontière entre prétentions et moyens nouveaux est parfois bien difficile à tracer.
- Enfin, selon la Cour de cassation<sup>4</sup>, malgré sa formulation catégorique, l'article 564 ne fait pas obligation au juge de relever d'office la fin de non-recevoir tirée d'une prétention nouvelle en appel, mais lui confère simplement la faculté de le faire. La Cour de cassation justifie sa solution par le fait que cette fin de non-recevoir n'est pas d'ordre public<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Civ. 3, 20 janv. 2010, n° 09-65272, B. III, n° 14 ; D. 2011, 485, obs. B. Fauvarque-Cosson ; JCP 2010, 516, obs. P. Grosser ; Procédures 2010, n° 65, obs. R. Perrot ; RDC 2010, 825, note critique Th. Génicon et 935, note Y-M. Sérinet.

<sup>2</sup> Com. 16 janvier 2001, préc. Ont été également considérées comme nouvelles et, partant, irrecevables les demandes suivantes, formées pour la première fois en cause d'appel : la demande en nullité d'une vente immobilière pour vileté du prix présentée à la place d'une demande en rescision pour cause de lésion (Civ. 29 juin 1948, Gaz. Pal. 1948, 2, 79 ; contra : Lyon, 23 févr. 1953, JCP A 1953, II, 7846, note A. Rabut) ; la demande subsidiaire en réduction du prix formée par l'acquéreur d'un fonds de commerce – action laissant subsister le contrat –, lequel, en première instance, n'avait sollicité que l'annulation de la vente – action ayant pour effet de mettre la vente à néant (Com. 18 janvier 1984, n° 82-11958, B. IV, n° 23 ; Gaz. Pal. 1984, pan. 147, obs. S. Guinchard). La jurisprudence se montre souvent hésitante dans l'interprétation de l'article 565 du Code de procédure civile. C'est ainsi, notamment, que la Cour de cassation est divisée quant au point de savoir si la demande en rescision pour lésion d'un acte juridique est, ou non, une demande nouvelle par rapport à la demande en nullité de cet acte, se heurtant comme telle à la prohibition des demandes nouvelles en appel, et inversement. Pour la première Chambre civile (Civ. 1, 13 octobre 1976, n° 74-15011, B. I, n° 294 ; D. 1977, IR 11), si le fondement juridique des deux demandes est différent, elles tendent bien aux mêmes fins et ainsi la demande en nullité d'un partage, formée pour la première fois en appel, est recevable, alors que la juridiction de première instance n'avait été saisie que d'une demande en rescision pour lésion de ce partage – à une époque où la lésion pouvait entraîner la rescision du partage, ce qui n'est plus le cas aujourd'hui, où l'héritier lésé ne peut exiger qu'un complément de part (article 889 du Code civil). Mais la troisième Chambre civile s'est prononcée en sens contraire, à plusieurs reprises (Civ. 3, 19 décembre 1977, n° 76-15078, B. III, n° 452 ; Gaz. Pal. 1978, 1, somm. 83 ; RTD civ. 1978, 738, obs. R. Perrot ; Civ. 3, 21 mai 1979, n° 78-10578, B. III, n° 110 ; JCP G 1979, IV, 243 ; Gaz. Pal. 1979, 2, somm. 385 ; D. 1979, IR 474, obs. P. Julien ; RTD civ. 1980, 169, obs. R. Perrot ; Civ. 3, 16 novembre 2017, n° 16-20630), au motif que l'acquéreur peut paralyser la demande en rescision d'une vente immobilière lésionnaire en imposant au vendeur le rachat de la lésion (article 1681 du Code civil), mais non une demande en nullité de cet acte. La position de la première Chambre civile nous semble néanmoins seule exacte, car la rescision pour lésion n'est qu'une forme de nullité relative, tendant, comme cette dernière, à l'anéantissement de l'acte juridique critiqué. La faculté de racheter la lésion n'est ouverte par l'article 1681 du Code civil qu'à l'acquéreur, défendeur à l'action en rescision pour lésion, à l'exclusion du vendeur, demandeur à cette action. D'ailleurs la deuxième Chambre civile a jugé irrecevable le vendeur, débouté de sa demande en nullité d'une vente immobilière pour cause illicite et fraude à la loi, par un arrêt ayant acquis irrévocablement l'autorité de la chose jugée, à exercer ultérieurement une action en rescision de cette vente pour lésion, au motif que « l'obligation de concentration des moyens fait obstacle à ce que soit introduite une nouvelle action tendant aux mêmes fins, peu important que soit invoqué un fondement juridique différent dès lors qu'il y a identité d'objet de la demande » (Civ. 2, 12 juillet 2012, n° 11-20587 ; cf. Ass. plén. 7 juillet 2006, Cesareo, n° 04-10672, B. n° 8 ; BICC 15 octobre 2006, rap. C. Charrault, avis av. gén. A. Benmakhlouf ; Dr. et proc. 2006/5, 348, obs. N. Fricero ; Procédures oct. 2006, Repère 1, par H. Croze et n° 201, obs. R. Perrot ; RTD civ. 2006, 825, obs. R. Perrot. *supra* : titre I « Le jugement », chap. IV « Effets du jugement », section 2 « Autorité de la chose jugée », § 3 « Étendue de l'autorité de la chose jugée »). Or, en bonne logique, la demande en rescision pour lésion ne saurait être considérée comme tendant à une fin différente de la demande en nullité pour l'interprétation de l'article 565 du Code de procédure civile et comme tendant à la même fin que la demande en nullité pour l'interprétation de l'article 1355 du Code civil.

<sup>3</sup> Com. 10 février 2015, n° 13-28262, B. IV, n° 17 ; JCP 2015, 470, note N. Fricero. Cf. *supra* : « L'action en justice », « Régime de l'action en justice », « L'exercice de l'action en justice », « Moyens de défense », « Fins de non-recevoir ».

<sup>4</sup> Civ. 2, 10 janvier 2013, n° 12-11667, B. II, n° 1 ; BICC 1er mai 2013, n° 654 ; D. 2013, 2058, n° 10, obs. L. Leroy-Gissinger et F. Renault-Malignac ; Procédures 2013, n° 62, obs. R. Perrot ; cf. *supra* : « L'action en justice », « Régime de l'action en justice », « L'exercice de l'action en justice », « Moyens de défense », « Fins de non-recevoir ».

<sup>5</sup> Dans sa rédaction issue du décret du 9 décembre 2009, l'article 564 dispose certes qu'il est interdit aux parties de soumettre de nouvelles prétentions à la cour d'appel « à peine d'irrecevabilité relevée d'office ». A s'en tenir à la lettre de ce texte, on aurait donc pu penser que l'irrecevabilité de la prétention nouvelle en appel revêtait un caractère automatique, incompatible avec un quelconque pouvoir d'appréciation reconnu au juge pour la soulever ou non. Néanmoins, la doctrine considèrerait que ce nouveau pouvoir donné au juge d'appel n'est pas une obligation, car le décret du 9 décembre 2009 a, d'une façon générale, eu comme but d'accélérer l'instance, alors que l'existence d'une obligation pour le juge de relever d'office les demandes nouvelles en appel aurait, au contraire, accru les risques de retarder l'instance (L. Weiller « Réforme de la procédure d'appel : entre efficacité et équité »),

β) Exceptions au principe de l'irrecevabilité des demandes nouvelles en appel

Plus radicalement, la prohibition légale des prétentions nouvelles connaît de véritables exceptions dans trois textes.

- Tout d'abord, l'article 564 du Code de procédure civile admet la recevabilité des prétentions nouvelles, dès lors qu'elles sont destinées à opposer la compensation, à faire écarter les prétentions adverses<sup>1</sup>, à faire juger les questions nées de l'intervention d'un tiers, ou encore à faire juger les questions nées de la survenance ou de la révélation ultérieure d'un fait.
- Ensuite, l'article 566 permet aux parties d'ajouter aux prétentions soumises aux premiers juges, les demandes « *qui en sont l'accessoire, la conséquence ou le complément nécessaire* »<sup>2</sup>.
- Enfin, l'article 567 admet en appel les demandes reconventionnelles, pourvu, selon la jurisprudence, qu'elles satisfassent à la condition générale de recevabilité de toutes les demandes incidentes posée par les articles 70 et 325 et du Code de procédure civile, à savoir de se rattacher à la demande initiale par un lien suffisant<sup>3</sup>.

b. Il n'est dévolu qu'autant qu'il est appelé

C'est la seconde limite apportée au principe de la dévolution totale et complète. Elle tient qu'à ce qu'il n'est dévolu qu'autant qu'il est appelé : *Tantum devolutum, quantum appellatum*. L'article 562, alinéa 1er, du Code de procédure civile dispose en effet que « *L'appel ne défère à la cour que la connaissance des chefs de jugement qu'il critique expressément et de ceux qui en dépendent.* » Il convient, là encore, d'examiner la portée du principe, puis les exceptions qui lui sont apportées.

α) Portée du principe selon lequel il n'est dévolu qu'autant qu'il a été appelé

Dans sa déclaration d'appel, l'appelant doit indiquer, à peine de nullité de la déclaration, les chefs critiqués du jugement entrepris expressément critiqués, ceux sur lesquels il a perdu, auxquels l'appel est, en principe, limité (article 901, 4°, du Code de procédure civile).

Ex. Bailleur qui obtient la condamnation de son locataire, qui a déménagé à « la cloche de bois » – clandestinement, afin de ne pas payer –, au paiement d'un arriéré de loyers, mais non à la réparation des dégâts qu'il soutient avoir été causés à son bien. Il interjettera appel uniquement du chef du jugement le déboutant de sa demande en indemnisation des dégâts.

La dévolution s'étend toutefois aux chefs, non critiqués, du jugement qui dépendent de ceux expressément critiqués dans la déclaration d'appel. Il convient d'entendre par là, selon la Cour de cassation, « *tous ceux qui sont la conséquence des chefs de jugement expressément critiqués* »<sup>4</sup>.

Selon la Cour de cassation, la nullité de l'article 901, 4° sanctionne un vice de forme au sens de l'article 114 du Code de procédure civile<sup>5</sup>. Or une déclaration d'appel irrégulière n'en interrompt pas moins, on le sait, le délai d'appel,

*D.* 2010, 591 ; N. Fricero « L'appel nouveau est arrivé », *Procédures* n° 5/2010, Etude 3 ; J. Villacèque « Le nouveau procès civil devant la cour d'appel : la technique et les hommes, paradoxes d'une réforme », *D.* 2010, 663 ; Y.-M. Serinet « La sanction par l'irrecevabilité des demandes nouvelles en appel », *JCP* 2010, n° 545, p. 1018). Ainsi la fin de non-recevoir ne devrait-elle pas être considérée comme une fin de non-recevoir d'ordre public, que l'article 125 du Code de procédure civile fait obligation au juge de soulever d'office (Chainais et *alii*, *Procédure civile*, n° 1376). La deuxième Chambre civile de la Cour de cassation a fait sienne cette interprétation doctrinale, en contribuant ainsi à atténuer la rigueur du principe de la prohibition des demandes nouvelles en appel.

<sup>1</sup> Cf. par ex. Com. 15 février 2023, n° 21-20283 (B), *Procédures* n° 4, avril 2023, *comm.* 99, R. Laffly.

<sup>2</sup> Avant de prononcer l'irrecevabilité de la demande nouvelle, le juge doit alors, au besoin d'office, vérifier que les conditions de l'article 566 ne sont pas réunies (Civ. 2, 16 mai 2013, n° 11-28.378, et n° 12-13.859, *D.* 2013, 2058, n° 10, obs. L. Leroy-Gissinger et F. Renault-Malignac).

<sup>3</sup> Civ. 3, 30 juin 1999, *B.* III, n° 151 ; Civ. 3, 30 janvier 2002, n° 00-14530 ; Com. 21 janvier 2003, n° 99-14587 ; Civ. 3, 10 mars 2010, n° 09-10412, *Procédures* 2010, n° 169, obs. R. Perrot ; cf. *supra* : 1ère partie « L'accès au juge », titre I « L'action en justice », chap. II « Régime de l'action en justice », section 2 « L'exercice de l'action en justice », § 2 « Mise en œuvre de l'action en justice », A. « Les demandes en justice », 1, b.

<sup>4</sup> Civ. 2, 30 juin 2022, n° 21-13490 (B).

<sup>5</sup> Civ. 2, 3 avis, 20 décembre 2017, n° 17-70034, n° 17-70035 et n° 17-70036, *B.* avis, n° 12 ; *D.* 2018, 692, obs. N. Fricero ; *ibid.*, 757, obs. E. de Leiris ; *JCP* 2018, *act.* 173, note Ph. Gerbay ; *Procédures* 2018, *comm.* 69, H. Croze ; *Gaz. Pal.* 6 février 2018, n° 312, p. 34, obs. S. Amrani-Mekki ; *AJ fam.* 2018, 142, obs. M. Jean ; Civ. 2, 30 janvier 2020, n° 18-22528 (P) ; *Dalloz*



Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Panthéon-Assas  
Licence droit 3ème année Melun 2023-2024

conformément à l'article 2241 du Code civil, selon une jurisprudence certes discutée<sup>1</sup>. D'après l'article 2242 du Code civil, cette interruption a vocation à se prolonger jusqu'à l'extinction de l'instance<sup>2</sup>. Cependant, selon la Cour de cassation, la nullité résultant de la violation de l'article 901, 4°, du Code de procédure civile ne peut être efficacement couverte par une nouvelle déclaration d'appel régulière, en application de l'article 115 du Code de procédure civile, que si celle-ci est formée avant l'expiration du délai imparti à l'appelant pour conclure conformément aux articles 910-4, alinéa 1, et 954, alinéa 1, du code de procédure civile<sup>3</sup>.

De surcroît, à défaut pour la déclaration d'appel de mentionner les chefs du jugement expressément critiqués, l'effet dévolutif de l'appel ne s'opère pas, selon la Cour de cassation<sup>4</sup>. En effet, selon l'article 562 du Code de procédure civile, l'appel ne défère à la Cour que la connaissance des chefs du jugement qu'il critique expressément et de ceux qui en dépendent. Dès lors, si la déclaration d'appel ne mentionne pas les chefs du jugement entrepris critiqués, la cour ne peut être saisie de leur connaissance. Cette seconde sanction est mécanique, elle s'applique quand bien même l'intimé n'aurait pas sollicité la nullité pour irrégularité de forme de la déclaration d'appel ou quand bien même cette nullité n'aurait pas été prononcée.

Cependant, confronté à cette situation, l'intimé peut étendre, de son côté, l'appel aux chefs du jugement qui lui font grief, qui ne lui ont pas donné satisfaction. Il forme alors un appel incident, qui se greffe sur l'appel principal et tend à en étendre l'effet dévolutif.

Ex. Dans l'exemple précédent, le locataire forme appel incident du chef du jugement qui l'a condamné au paiement de l'arriéré de loyers, ainsi en soutenant que la somme à laquelle il a été condamné envers son bailleur excède celle qu'il lui devait en réalité.

β) Exceptions au principe selon lequel il n'est dévolu qu'autant qu'il a été appelé

L'article 562, alinéa 2, prévoit deux exceptions à cette règle que l'effet dévolutif de l'appel est limité par l'acte d'appel :

- Première exception, la dévolution s'opère pour le tout lorsque l'appel tend à l'annulation du jugement, cela évoque l'appel nullité.
- Seconde exception, la dévolution s'opère également pour le tout lorsque l'objet du litige est indivisible.

La déclaration d'appel n'a pas alors à désigner les chefs du jugement expressément critiqués (article 901 précité), puisque c'est le jugement dans son ensemble qui est querellé.

C. Faculté d'évocation

Cette évocation est prévue à l'article 568 qui l'évoque comme une faculté qui appartient au juge d'appel saisi de l'appel de certains jugements de première instance, de s'emparer de l'affaire et de statuer sur le tout, c'est-à-dire l'appel et le fond, dans une seule et même décision. La cour d'appel peut exercer sa faculté d'évocation dans deux hypothèses.

*actualité* 17 févr. 2020, obs. R. Laffly ; *Procédures* 2020, *comm.* 55, H. Croze ; *JCP G* 2020, 336, obs. Ph. Gerbay ; *Act. proc. coll.* 2020, alerte 102, n° 7, obs. Th. Le Bars ; *D.* 2020, p. 576, obs. N. Fricero ; *Gaz. Pal.* 28 avril 2020, n° 377, p. 40, obs. S. Amrani-Mekki.

<sup>1</sup> Civ. 2, 16 octobre 2014, n° 13-22088, *B. II*, n° 215 ; *JCP* 2014, *Act.* 1171, obs. critiques H. Croze ; *ibid.* 1271, note C. Auché ; *Procédures* 2014, *comm.* 312, note critique H. Croze ; *JCP* 2015, *doctr.* 424, n° 10, obs. critiques S. Amrani-Mekki ; Civ. 2, 1er juin 2017, n° 16-14300, *B. II*, n° 116 ; *D.* 2017, 1868, obs. E. de Leiris ; *Procédures* 2017, *comm.* 178, 1ère espèce, note H. Croze ; Civ. 2, 7 juin 2018, n° 17-16661, *B. II*, n° 116 ; *JCP* 25 juin 2018, *Act.* 729, note Ph. Gerbay ; J. Junillon « Conséquence de la loi réformant la prescription : une déclaration d'appel irrégulière peut-elle interrompre le délai d'appel ? », *Procédures* 2009, *prat.* 2. ; D. Mas « L'acte de saisine de la juridiction, le vice de procédure et la Cour de cassation – de l'interprétation de l'article 2241, alinéa 2, du Code civil », *JCP* 30 octobre 2017, n° 44-45, 1117.

<sup>2</sup> Sur le problème posé par la portée de l'effet interruptif dans l'hypothèse d'une déclaration d'appel irrégulière, à laquelle l'article 2242 du Code civil, visant l'effet interruptif de « la demande en justice », semble malaisément applicable, *cf.* Amrani-Mekki, obs. préc.

<sup>3</sup> Civ. 2, avis 20 décembre 2017 et Civ. 2 30 janvier 2020, préc., soit en principe dans un délai de trois mois commençant à courir à compter de la remise de la déclaration d'appel au greffe (article 910 du Code de procédure civile), en raison de l'obligation de présenter dès ces conclusions, l'ensemble de ses prétentions sur le fond (article 910-4 du même code). En effet, l'appel défère à la connaissance de la cour les chefs du jugement qu'il critique expressément (article 562 du même code) et les conclusions d'appel comprennent l'énoncé des chefs du jugement critiqués, ainsi qu'une discussion des prétentions et des moyens (article 954, alinéa 2, du même code). Un acte d'appel réitéré postérieurement aux conclusions d'appel n'aurait donc aucun sens. Mais on pourrait se demander si la régularisation de la déclaration d'appel ne pourrait résulter des conclusions d'appel elles-mêmes, au lieu d'imposer à l'appelant la remise d'une déclaration d'appel régularisée (Gerbay, *op. cit.*).

<sup>4</sup> Civ. 2, 30 janvier 2020, n° 18-22528, préc. ; Civ. 2, 2 juillet 2020, n° 19-16954 (P) ; *D. Actu* 18 septembre 2020, obs. R. Laffly.

## 1. Évocation de droit commun

Le texte de base en la matière est l'article 568 du Code de procédure civile, qui traite de l'évocation de droit commun. En pratique, les cours d'appel en usent peu. On en exposera néanmoins les conditions et les effets.

### a. Conditions de l'évocation

Les conditions de l'évocation tiennent au jugement qui la permettent, au fait qu'il s'agit d'une faculté, et non d'une obligation pour la cour d'appel et enfin au fait que cette faculté ne lui est ouverte que si elle infirme ou annule le jugement de première instance.

#### α) Jugements de première instance ouvrant la faculté d'évocation

Cette évocation que l'on pourrait qualifier de droit commun n'est possible qu'à l'occasion de certains jugements de première instance. En effet l'article 568 prévoit deux cas, en dehors desquels l'évocation est interdite à la cour<sup>1</sup> :

- Le jugement déferé a ordonné une mesure d'instruction

Comme on le sait, il est rare qu'une décision se bornant à ordonner une mesure d'instruction soit susceptible d'appel immédiat. On peut néanmoins songer, par exemple, à l'appel interjeté à l'encontre d'une décision de première instance ordonnant une expertise, avec l'autorisation du premier président (article 272, alinéa 1er, du Code de procédure civile<sup>2</sup>). On peut aussi imaginer que, saisie d'un appel formé à l'encontre d'un jugement mixte, la cour d'appel décide d'évoquer au fond le chef du litige sur lequel ce jugement s'était borné à ordonner, avant-dire droit, une mesure d'instruction<sup>3</sup>.

- Le jugement déferé a mis fin à l'instance en statuant sur une exception de procédure<sup>4</sup>

Par exemple, les premiers juges ont accueilli une exception de nullité dirigée contre l'acte introductif d'instance. En conséquence, l'instance est éteinte.

#### β) Arrêt d'appel ouvrant à la cour la faculté d'évocation

Aux termes de l'article 568 du Code de procédure civile, la faculté d'évocation n'est ouverte à la cour d'appel que lorsqu'elle annule ou réforme le jugement de première instance.

Imputable à la réforme issue du décret n° 2017-891 du 6 mai 2017, cette restriction au domaine de la faculté d'évocation suscite la perplexité<sup>5</sup>. On aurait pu penser, en effet, que l'évocation se justifie au contraire davantage lorsque la cour d'appel confirme le jugement entrepris : la privation du second degré de juridiction apparaît alors comme la sanction logique du risque pris par le plaideur, en interjetant appel à tort d'un jugement ayant ordonné une mesure d'instruction ou ayant statué sur une exception de procédure.

#### γ) Faculté d'évocation, et non obligation d'évoquer

L'article 568 pose aussi une condition, en disposant que la cour ne peut évoquer l'affaire que si elle estime qu'il est de bonne justice de donner à l'affaire une solution définitive. Ainsi qu'il résulte de la formalité même employée par le texte, l'évocation n'est pas une obligation pour la cour d'appel mais une simple faculté<sup>6</sup>. La cour d'appel dispose, à cet égard, d'un pouvoir

<sup>1</sup> Civ. 2, 27 septembre 2012, n° 11-11762, B. II, n° 152 ; *Gaz. Pal.* 2012, 3512, note J. Pellerin : la cour d'appel ne peut décider d'évoquer l'affaire en statuant sur des demandes sur lesquelles le premier juge avait sursis à statuer, car la décision de sursis à statuer n'entre dans aucune des deux catégories visées par l'article 568, ouvrant à la cour à la faculté d'évocation.

<sup>2</sup> *Cf. supra.*

<sup>3</sup> *Cf. par ex.* Civ. 2, 10 avril 2014, n° 12-26362, B. II, n° 99 ; Com. 11 mai 2017, n° 15-17883.

<sup>4</sup> Si, en revanche, en statuant sur une exception de procédure, le jugement de première instance n'a pas mis fin au litige, par exemple parce qu'il a rejeté l'exception, la faculté d'évocation de l'article 568 n'est pas ouverte à la cour d'appel : Civ. 1, 6 avril 2016, n° 15-17116. La faculté d'évocation n'est pas non plus ouverte quand la cour d'appel est saisie d'un appel formé contre un jugement qui a mis fin à l'instance en accueillant une fin de non-recevoir, et non une exception de procédure : Civ. 1, 16 décembre 2015, n° 14-28296, B. I, n° 321.

<sup>5</sup> Amrani-Mekki « L'appel en matière civile : en marche vers un nouvel équilibre procédural ?... », *op. cit.*, n° 8.

<sup>6</sup> Civ. 1, 6 juillet 2005, B. I, n° 303 ; *D.* 2006, *pan.* 2438, obs. M. Douchy-Oudot ; *RTD civ.* 2005, 763, obs. J. Hauser ; *adde* : Civ. 2, 10 avril 2014, préc.

d'appréciation discrétionnaire<sup>1</sup>.

En revanche, dès lors qu'elle décide d'user de la faculté d'évocation, la cour d'appel doit impérativement respecter le principe du contradictoire, en mettant les parties en mesure de conclure sur le fond, c'est-à-dire sur les points qu'elle se propose d'évoquer<sup>2</sup>.

b. Effets de l'évocation

Cette évocation est doublement intéressante. En effet, elle s'oppose à l'effet dévolutif, puisqu'elle permet de statuer sur des points non jugés en première instance, alors que l'effet dévolutif ne transmet à la cour que les chefs du jugement querellés par l'appelant ou l'intimé ayant formé appel incident. Elle constitue aussi une entorse au double degré de juridiction, puisque certains points seront jugés en appel, alors qu'ils n'ont pas été tranchés en première instance.

2. Évocation à l'occasion de l'appel d'un jugement statuant exclusivement sur la compétence

A coté de cette évocation de droit commun, il faut se remémorer un autre cas d'évocation, l'article 88 du code de procédure civile, texte particulier à la procédure sur incident de compétence.

Dans cet article 88, il faut se rappeler du contexte, on a nécessairement un premier juge qui a statué seulement sur la compétence, éventuellement en tranchant la question de fond dont la compétence dépendait, sans pour autant statuer sur le fond lui-même. C'est alors par la voie d'un appel, soumis à la procédure spéciale des articles 83 et suivants du Code de procédure civile, qu'il faut critiquer ce jugement<sup>3</sup>. Normalement, le rôle de la cour d'appel est de désigner la juridiction compétente, mais si la cour se trouve être la juridiction d'appel relativement au tribunal qu'elle estime compétent, elle a la faculté, sur le fondement de l'article 88, d'évoquer le fond.

Il faut bien distinguer ce cas de celui où le tribunal a usé du droit qu'il tient de l'article 78, de statuer à la fois sur la compétence et sur le fond et où son jugement a été, en conséquence, frappé d'un appel soumis à la procédure de droit commun. Lorsque la décision aura été rendue au fond en premier et dernier ressort, cet appel ne portera que sur la compétence (article 91, alinéa 1er, du Code de procédure civile) ; en revanche, il pourra porter sur l'ensemble de la décision quand celle-ci a été rendue en premier ressort (article 90, alinéa 1er, du Code de procédure civile). Dans cette dernière hypothèse, si la cour d'appel infirme le jugement sur la compétence et si elle est une juridiction d'appel par rapport au tribunal qu'elle estime compétent, elle peut statuer sur le fond (article 90, alinéa 2). Mais ici, il ne s'agit pas d'une évocation : il s'agit d'une extension légale de l'effet dévolutif, la cour à cette occasion ne faisant qu'exercer sa plénitude de juridiction.

## Section 2 : L'opposition

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

### § 1 Recevabilité de l'opposition

#### A. Conditions de fond de l'opposition

Les conditions de fond sont donc énoncées à l'article 571. Celui-ci prévoit que cette voie de recours n'est ouverte qu'à l'encontre de jugement rendus par défaut dans les conditions de l'article 473 du Code de procédure civile<sup>4</sup>. Il faut néanmoins tenir compte, en outre, du fait que beaucoup de dispositions légales

<sup>1</sup> Civ. 3, 23 avril 1974, B. III, n° 156 ; Soc. 7 décembre 1995, n° 92-45157 ; Civ. 3, 16 avril 2013, n° 12-15190.

<sup>2</sup> Civ. 1, 18 mars 2003, n° 01-03999, B. I, n° 78 ; JCP 2003, I, 140, n° 22, obs. R. Martin ; Gaz. Pal. 8-10 février 2004, p. 21, obs. E. du Rusquec ; Civ. 2, 23 septembre 2004, n° 02-21141, B. II, n° 409 ; Dr. et proc. 2005, 33, note N. Fricero.

<sup>3</sup> Cf. *supra* : « Règlement des incidents de compétence ».

<sup>4</sup> Cf. *supra* : 2ème partie « L'instance », titre I « Cadre juridique de l'instance », chap. II « Principes directeurs du procès », section 3

écartent l'opposition à l'égard d'un certain nombre de jugements pourtant rendus par défaut.

L'opposition n'est ouverte qu'aux défaillants, c'est-à-dire qu'à une partie à l'instance qui a abouti à un jugement rendu par défaut et qui ne s'est pas laissé jugé une seconde fois par défaut comme l'exige l'article 578 du code. Cette partie défaillante doit bien entendu avoir un intérêt à agir, ce qui conduit à exiger que le jugement rendu lui fasse grief au moins partiellement.

## B. Conditions de forme de l'opposition

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

### 1. Délai d'opposition

L'opposition doit être formée dans un délai d'un mois à compter de la notification du jugement par défaut au défaillant qui désire faire opposition (article 538 du Code de procédure civile : déjà rencontré, ce texte est applicable à toute les voies de recours ordinaires). C'est un délai extrêmement court, c'est la raison pour laquelle le président de la juridiction a le pouvoir de relever l'opposant de sa forclusion lorsque ce dernier n'a pu agir dans le délai sans faute de sa part soit parce qu'il n'a pas eu connaissance du jugement en temps utile, soit parce qu'il a été dans l'impossibilité d'agir (article 540 du Code de procédure civile).

### 2. Formes de l'acte d'opposition

Quant à l'exigence de forme de l'opposition, l'opposition est formée devant la juridiction qui a rendu le jugement attaqué. Cette opposition doit être formée dans les formes prévues pour chaque type de juridiction ; ainsi, devant le tribunal judiciaire, par assignation.

## § 2 Procédure d'opposition

La première exigence est posée par l'article 574 du Code de procédure civile, lequel dispose que l'opposition doit être motivée et qu'elle doit également indiquer les moyens du défaillant. Cette obligation est essentielle, car le défaut de motivation constitue un vice de forme entraînant une nullité s'il existe un grief. C'est la même instance qui se poursuit, l'opposition étant portée devant les mêmes juges. L'affaire est donc jugée selon les règles applicables de la juridiction primitivement saisie.

Bien entendu, le juge va commencer par vérifier la recevabilité de l'opposition et ensuite vérifier la recevabilité des prétentions des parties et cela, en fonction de la demande initiale, ce qui signifie que chaque partie conserve la qualité processuelle qu'elle avait dans l'instance primitive. Ainsi le défaillant auteur de l'opposition reste-t-il le défendeur, tandis que le demandeur primitif conserve cette qualité et tout ce qui en résulte, sauf si, bien entendu, il y a modification du contenu des écritures par la formulation de demandes incidentes.

Le tribunal va tout simplement procéder à un examen nouveau et complet au fond, à l'issu duquel il optera pour une des deux solutions suivantes :

- Il peut déclarer l'opposition irrecevable ou non fondé. Le premier jugement va alors s'appliquer, le jugement rendu sur opposition redonne au premier jugement son efficacité provisoirement tenue en suspens par l'opposition et les effets du jugement ainsi rendus remontent donc au jour du premier jugement.
- Il peut déclarer l'opposition bien fondé. L'article 572 alinéa 2 dispose alors que le jugement rendu sur opposition rétracte le premier jugement, qui est anéanti.

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

## § 3 Effets de l'opposition

L'opposition a, comme l'appel, un effet suspensif et un effet dévolutif.

A. Effet suspensif

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

Mais on rappellera que l'article 514 du Code de procédure civile attribue désormais un caractère exécutoire par provision de droit à tous les jugements de première instance, à moins que la loi ou la décision rendue n'en dispose autrement. Cette disposition atténue fortement l'effet suspensif de l'opposition et des voies de recours ordinaire d'une manière générale.

B. Effet dévolutif

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