



HAL
open science

Le caméléon péremption d'instance

Eva Fischer

► **To cite this version:**

| Eva Fischer. Le caméléon péremption d'instance. Recueil Dalloz, 2021, pp.1223. hal-04509489

HAL Id: hal-04509489

<https://hal.science/hal-04509489v1>

Submitted on 28 Oct 2024

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.

Le caméléon péremption d'instance

Eva Fischer-Achoura, Maître de conférences de droit privé, Université Polytechnique Hauts-de-France, Institut Sociétés et Humanités - Faculté de droit et d'administration publique, Membre du Laboratoire CRISS

La péremption d'instance régulièrement soulevée en première instance doit, même et encore en cause d'appel, être soulevée avant tout autre moyen. Cette solution inédite interpelle. Elle reflète un fondement jusqu'alors inaperçu de la péremption qui change de couleur au gré de son contexte.

I. Les différents fondements habituellement aperçus du régime de la péremption d'instance

II. L'innovation et la surprise de l'arrêt du 10 décembre 2020

III. Un autre fondement du régime de la péremption d'instance

Note sous Cass. civ. 2^e, 10 déc. 2020 (pourvoi n° 18-15.383)

Extrait :

Vu l'article 388 du code de procédure civile :

7. Il résulte de ce texte que la péremption de l'instance doit, à peine d'irrecevabilité, être demandée ou opposée avant tout autre moyen.

8. Pour déclarer recevable l'exception de péremption d'instance opposée par la CNMP et constater l'extinction de l'instance par la péremption, l'arrêt retient qu'il résulte de la combinaison des articles 388, 562 et 954 du code de procédure civile que la demande régulièrement présentée en première instance peut être reprise en cause d'appel jusqu'aux dernières conclusions.

9. En statuant ainsi, alors que, dans ses premières conclusions, la CNMP arguait de deux fins de non-recevoir et, subsidiairement, contestait au fond le montant de la créance, la péremption d'instance n'étant soulevé que dans des conclusions déposées ultérieurement, la cour d'appel, qui était tenue de relever d'office l'irrecevabilité de cet incident, a violé le texte susvisé.

1. La péremption d'instance est un incident d'instance fréquent, aux conséquences souvent lourdes¹. Aussi suscite-elle un contentieux abondant. L'arrêt commenté², largement publié par

¹ La péremption est une cause d'extinction de l'instance (art. 389 code proc. civ.). La moindre des conséquences est donc que, pour obtenir son droit substantiel, le demandeur devra recommencer son action. Mais il se peut que la prescription soit encourue au moment de l'incident ; en effet, avec l'extinction de l'instance, l'effet interruptif de prescription de son action est non avvenu (art. 389 code proc. civ.). Par ailleurs, si la péremption d'instance affecte l'instance d'appel ou l'instance d'opposition, elle confère au jugement force de chose jugée (art. 390

la Cour de cassation³, retient d'abord l'attention en ce qu'il apporte une solution à une question qui n'avait pas encore été traitée. Au-delà de son intérêt pratique indéniable, il interroge sur les fondements de la péremption d'instance : qu'est-ce qui a inspiré la solution adoptée ?

En l'espèce, une première instance s'est déroulée devant un tribunal de commerce. A un moment avancé de l'instance, les demandeurs, des transporteurs maritimes, ont produit de nouvelles conclusions, et le défendeur, un manutentionnaire de containers maritimes (« la CNMP »), a répliqué en leur opposant tout de suite la péremption de l'instance, considérant que leurs conclusions étaient consécutives à une inaction de plus de deux ans de toutes les parties. Le tribunal de commerce n'a pas partagé cette analyse, et a statué au fond en faveur des demandeurs. Le manutentionnaire a donc interjeté appel, en concluant au fond, avant de faire valoir à nouveau la péremption qui avait, selon lui, affecté la première instance. Dans un arrêt rendu le 11 janvier 2018, la chambre civile et commerciale de la Cour d'appel de Rouen a donné raison à l'appelant, en le déclarant recevable et bien fondé en sa demande de constat de péremption de la première instance. Les transporteurs maritimes se sont alors pourvus en cassation. Les thèses de la cour d'appel et des demandeurs au pourvoi se concentrent sur le moment auquel le moyen de la péremption de la première instance peut être utilement avancé en cause d'appel. Selon les demandeurs au pourvoi, même en cause d'appel, ce moyen doit être soulevé avant tout autre. Tandis que la cour d'appel avait estimé que cette exigence ne vaut que pour l'instance affectée par la péremption, et qu'en raison de l'effet dévolutif de l'appel, le moyen de la péremption régulièrement présenté en première instance peut être repris en cause d'appel à n'importe quel moment. La Cour de cassation donne raison aux demandeurs, en cassant l'arrêt de la cour d'appel. Comme souvent, elle ne fournit pas une véritable motivation de son choix. De façon moins critique, on pourrait écrire qu'elle ne fournit pas de motivation autre que le visa de l'article 388, alinéa 1^{er}, du code de procédure civile : la péremption doit, à peine d'irrecevabilité, être demandée ou opposée avant tout autre moyen. La deuxième chambre civile ajoute que la cour d'appel était *tenue*⁴ de relever d'office l'irrecevabilité du moyen de la péremption (de la première instance) présenté devant elle, non pas en premier lieu et non pas dans les premières conclusions, mais postérieurement à des fins de non-recevoir et dans des conclusions ultérieures.

2. On sait qu'en vertu du premier alinéa de l'article 388 du code de procédure civile⁵, la péremption d'instance doit être soulevée avant tout autre moyen : pas seulement avant une défense au fond et avant une fin de non-recevoir⁶, mais vraiment avant *tout* autre moyen⁷. Le

code proc. civ.) ; elle prive ainsi le plaideur du bénéfice d'une voie de recours. Indirectement, la péremption d'instance peut donc faire perdre à un plaideur son droit substantiel.

² Voir aussi B. Ferrari, *De l'art de demander la péremption de l'instance avant tout autre moyen*, D. Actualité, 26 janv. 2021 ; R. Laffly, Proc. 2/2021, comm. 33.

³ Publication sur le site internet de la Cour de cassation ; au Bulletin officiel des chambres civiles de la Cour de cassation ; au Bulletin d'information de la Cour de cassation.

⁴ En ce sens, déjà, Cass. civ. 2^e, 8 juil. 2004, pourvoi n° 01-11.565.

⁵ Dans la suite de l'exposé, nous appellerons le code de procédure civile de 1975 plus simplement « le code ».

⁶ Ce sont les exceptions de procédure qui doivent être soulevées avant toute défense au fond ou fin de non-recevoir (art. 74 du code).

⁷ Suite à l'écoulement du délai de la péremption d'instance, le plaideur qui veut se prévaloir de cette dernière, doit le faire avant tout autre moyen, même avant une exception de procédure comme l'exception d'incompétence (Cass. civ. 2^e, 13 mai 1991, pourvoi n° 90-12.133). C'est aussi la règle de l'article 388, al. 1^{er}, qui explique que la péremption de la première instance ne saurait être opposée pour la première fois en appel (Cass. civ. 2^e, 31 janv. 1996, pourvoi n° 93-11.246). Mais l'apport de l'arrêt commenté est autre.

silence prolongé du plaideur, pendant le délai de péremption, est censé traduire sa volonté d'abandonner l'instance. Si le plaideur reprend le débat autrement que par l'incident de péremption, on estime que cette volonté n'existe pas en réalité⁸. Néanmoins, ce raisonnement ne permet pas d'expliquer le sens de l'arrêt commenté : lorsque la péremption de la première instance a été soulevée à temps en première instance mais n'a pas abouti devant les premiers juges, en cas d'appel, elle doit, encore une fois, être soulevée avant tout autre moyen. C'est la solution que retiendront les praticiens⁹. Elle n'allait pas de soi : la thèse de la Cour d'appel de Rouen n'était pas dénuée de pertinence. Le litige étant dévolu à la cour d'appel¹⁰, dans la mesure des aspects critiqués du jugement, dans l'état où il se trouve à la fin de la première instance, on pouvait considérer que la péremption ayant été soulevée à temps en première instance, cette donnée resterait acquise en appel ; ce qui pouvait justifier une interprétation restrictive de l'article 388, selon laquelle la péremption doit être soulevée avant tout autre moyen *dans l'instance qu'elle affecte*. La Cour de cassation ne l'entend pas ainsi. Nous doutons qu'elle ait été guidée par le souci d'appliquer la loi, rien que la loi. Elle a l'habitude de prendre des libertés avec la loi¹¹, et assume aujourd'hui pleinement son rôle normatif¹². Nous pensons plutôt que son choix résulte d'un fondement qu'elle attribue au régime de la péremption d'instance (III). Et c'est une surprise (II). Le régime de la péremption d'instance a évolué dans le temps (I). Depuis l'adoption de l'actuel code de procédure civile, la fonction de désencombrement des rôles avait tendance à occulter le fondement traditionnel de l'institution, qui serait, selon la doctrine, la présomption d'abandon de l'instance. Or, la solution consacrée par l'arrêt commenté néglige la fonction d'alléger le travail des juridictions ; elle se réfère davantage à la volonté d'abandonner, ou non, l'instance, et à la cohérence des manifestations de cette volonté, en intégrant implicitement l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui.

I. Les différents fondements habituellement aperçus du régime de la péremption d'instance

3. L'institution de la péremption d'instance remonte au droit romain. Elle a été consacrée par l'ancien code de procédure civile. La doctrine est unanime pour lui attribuer, telle qu'elle se présentait avant 1975, le fondement d'une volonté d'abandon de l'instance par les parties : la péremption d'instance était assimilée à un retrait conventionnel du rôle¹³. Sous l'empire du code Napoléon, la situation se présentait comme suit. Aucune des parties à l'instance n'a accompli de diligence procédurale pendant trois ans ; suite à cela, l'un des plaideurs souhaite

⁸ Le Professeur Perrot qualifie, pour cette raison, l'exigence de l'article 388, al. 1^{er} de « règle de bon sens » (R. Perrot, obs. sur Cass. civ. 2^e, 13 juil. 1999, Proc. 10/1999, comm. n° 225).

⁹ Il est d'ailleurs raisonnable de penser que la solution serait la même en instance de cassation, si un plaideur reprochait aux juges du fond de ne pas avoir constaté la péremption de l'instance qu'il avait régulièrement soulevé devant ces derniers. La lettre de l'alinéa 1^{er} de l'article 388 du code s'appliquerait, quelle que soit l'instance.

¹⁰ Les juges roannais se sont appuyés sur « la combinaison » des articles 388, 562 et 954 du code.

¹¹ Elle juge, par exemple, que la faute « personnelle » visée par l'article 11-1 de l'ordonnance du 22 déc. 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, qui permet l'action récursoire de l'Etat responsable d'un mauvais fonctionnement du service public de la justice, contre le magistrat fautif, ne peut être qu'une faute intentionnelle (Cass. civ. 2^e, 23 nov. 1956, D. 1957, jurispr. p. 34).

¹² A ce sujet, lire, par exemple, J. Bonnet, *La politique de rupture de la Cour de cassation*, JCP G 2019.I.903.

¹³ L.Veyre, *Péremption d'instance*, Rép. Dalloz Proc. civ., 2. En 1844, la Chambre des requêtes affirma que la péremption d'instance est « un désistement tacite et légalement assimilé à un désistement formel » (Req., 6 févr. 1844, Jur. gén. 1844, p. 157).

faire acter ce désintérêt commun qui équivaut à un abandon de l'instance, en invoquant la péremption par voie d'action. Sous l'ancien code de procédure civile, l'analyse de la péremption d'instance comme abandon de l'instance par les parties, était d'autant plus pertinente que le juge ne pouvait pas relever d'office la péremption. Tous les éléments concordaient à cette époque pour ramener la péremption de l'instance à la volonté des deux plaideurs : volonté exprimée s'agissant de l'auteur du moyen de la péremption ; volonté présumée s'agissant de la partie adverse¹⁴.

Avec l'adoption du nouveau code de procédure civile en 1975, la situation évolue. La péremption de l'instance est plus facilement acquise. D'une part, la durée requise pour que l'instance puisse être considérée comme périmée, passe de trois, à deux ans. D'autre part, la péremption peut être invoquée par voie d'exception : lorsque, postérieurement à l'écoulement du délai, un plaideur souhaite continuer l'instance, par exemple en produisant de nouvelles conclusions, l'autre partie (typiquement le défendeur) peut lui opposer la péremption de l'instance. Bien que la doctrine ait continué à voir dans la péremption d'instance une présomption d'abandon de l'instance¹⁵, on pouvait déjà émettre une sérieuse réserve à cette analyse : lorsque la péremption est invoquée par voie d'exception, la volonté d'abandonner l'instance est explicite (pas seulement présumée) s'agissant du défendeur ; mais cette volonté n'existe pas du tout dans la personne du demandeur qui a, au contraire, voulu continuer l'instance. En tout état de cause, la facilitation d'obtenir la péremption de l'instance, à travers le délai réduit de la péremption et la possibilité d'opposer la péremption par voie d'exception, a manifestement contribué à évacuer les rôles des juridictions. Aussi l'analyse de la péremption d'instance comme instrument de désencombrement de la justice est-elle venue s'ajouter à la référence à la volonté des parties¹⁶.

Un nouveau cap est franchi en 2017 : depuis un décret du 6 mai 2017, le juge peut constater d'office la péremption¹⁷. Désormais, le but de purger les rôles est avoué, et la péremption d'instance revêt franchement un caractère de sanction de passivité des parties¹⁸, avec comme

¹⁴ A cette époque déjà, pour être efficace, le moyen de la péremption de l'instance devait être soulevé avant tout autre moyen. L'article 399 de l'ancien code disposait que la péremption « se couvrira par des actes valables faits par l'une ou l'autre des parties avant la demande de péremption ». Cela était tout à fait logique, puisque de tels actes viendraient contredire la volonté d'abandonner l'instance.

¹⁵ Voir, par exemple, N. Gerbay, note sous Cass. civ. 2^e, 16 déc. 2016 (Rev. Lamy Droit civil, 1^{er} juil. 2017, n° 150), et les références citées.

¹⁶ Lire, en ce sens et sur les dérapages fréquents de l'emploi de l'institution, J. Le Calvez, *Regard hétérodoxe sur la péremption d'instance*, in Mélanges Normand, Litec, 2003, p. 291 et s. ; Ch. Atias, *La péremption d'instance entre deux eaux : sanction des parties et gestion du rôle*, D. 2004, p. 2874 et s. La Cour de cassation a validé, de façon contestable, une telle application de la péremption d'instance eu égard à l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme (Cass. civ. 2^e, 16 déc. 2016, pourvoi n° 15-27.917 ; D. 2017.141, note C. Bléry ; JCP G 2017.II.106, note D. Cholet ; Rev. Lamy Droit civil, 1^{er} juil. 2017, n° 150, note N. Gerbay).

¹⁷ Art. 388, al. 2 du code. La disposition oblige le juge qui envisage de relever d'office la péremption, de recueillir les observations des parties.

¹⁸ Pourtant, pour sanctionner un plaideur ne respectant pas les délais de la mise en état, le juge avait déjà à sa disposition la radiation du rôle, sanction certes moins forte, car elle ne fait que suspendre l'instance ; elle n'a donc pas la « vertu » de purger le rôle de la juridiction. Le Professeur Perrot, notamment, s'est montré très hostile à l'introduction de l'office du juge dans le régime de la péremption d'instance. Il écrit, déjà en 1984 : « Cela doit être sévèrement dénoncé, car cela méconnaît la nature propre du lien juridique d'instance dans un contentieux privé : son seul fondement est la volonté des parties » (R. Perrot, obs. sur Cass. civ. 2^e, 29 févr. 1984, RTDCiv. 1984, p. 559 et s.).

corollaire, du moins avant l'avènement de l'arrêt commenté, l'affaiblissement de la référence à la volonté des parties¹⁹.

II. L'innovation et la surprise de l'arrêt du 10 décembre 2020

4. L'arrêt commenté surprend, en ce qu'il ne rejoint pas la préoccupation contemporaine du désencombrement des cours d'appel. Il précise le régime de l'incident de la péremption d'instance : non seulement la péremption doit être soulevée avant tout moyen dans l'instance qu'elle affecte ; mais si le juge n'admet pas la péremption en première instance, et que l'intéressé veut se prévaloir de la péremption devant la cour d'appel, il doit, encore une fois, soulever ce moyen avant tout autre. Or, en l'espèce, le plaideur ayant soulevé la péremption à temps en première instance, avait, en appel, d'abord présenté d'autres moyens dans ses premières conclusions, avant d'avancer la péremption de la première instance dans des conclusions ultérieures. La Cour de cassation estime, au visa de l'article 388 du code de procédure civile, que ce moyen est irrecevable dans ces conditions. En consacrant cette solution, la deuxième chambre civile a refusé de saisir une occasion d'abrèger les instances devant les cours d'appel particulièrement surchargées²⁰. Indirectement, elle a également refusé de sanctionner la passivité prolongée des parties dans la première instance, ce qui revient à négliger cet autre fondement de la péremption. La solution est d'autant plus ferme et affirmée, que la Haute cour fait obligation aux juges d'appel de relever d'office l'irrecevabilité du moyen de la péremption présenté dans ces conditions.

5. La solution surprend d'autant plus qu'elle s'oppose diamétralement à celle consacrée par la Cour de cassation s'agissant d'un autre moyen qui doit être soulevé *in limine litis*. En effet, la deuxième chambre civile a décidé en 2001, dans un arrêt de cassation, que « l'exception de nullité présentée avant toute défense au fond en première instance peut être reprise en appel jusqu'aux dernières conclusions »²¹ ; elle a décidé cela au visa, outre l'article 112 (nullité des actes de procédure pour vice de forme), des articles 562 et 954 du code (effet dévolutif de l'appel). C'est d'ailleurs ce raisonnement qui a été repris, en vain, par le plaideur se prévalant de la péremption d'instance dans l'affaire de l'arrêt présentement commenté du 10 décembre 2020.

Comment s'explique cette différence de traitement ? Il n'y a aucun indice permettant de conclure à un revirement de jurisprudence qui concernerait tous les moyens soumis à la règle *in limine litis*. L'arrêt commenté a fait l'objet d'une large publicité ; l'arrêt de 2001 avait également été publié au Bulletin. On sait que lorsque la Cour de cassation opère un revirement de jurisprudence important, elle le fait désormais en expliquant ses raisons, et en citant la jurisprudence qu'elle renverse²². Rien de tel dans l'arrêt commenté. Aucune

¹⁹ L'impératif de relever la péremption de l'instance avant tout autre moyen, se trouve affaibli par ricochet : le juge peut relever l'incident d'office à tout moment de l'instance.

²⁰ On sait que la réforme « Magendie » de la procédure devant la cour d'appel (décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998), instaurant des délais très courts pour les premières conclusions, et sanctionnant la moindre irrégularité par la caducité de la déclaration d'appel ou l'irrecevabilité des conclusions, est inspirée par le souci de purger les rôles des cours d'appel.

²¹ Cass. civ. 2^e, 8 févr. 2001, pourvoi n° 98-20.840, Bull. civ. 2001, II, n° 25, Proc. 6/2001, comm. 119, obs. R. Perrot ; JCP G 2001.II.10633, obs. E. du Rusquec.

²² Voir, par exemple, Cass. civ. 1^e, 20 sept. 2017, pourvoi n° 16-12.906.

référence à un changement d'orientation, aucune référence jurisprudentielle ne figure dans le corps de l'arrêt ; sous la décision figure un seul rapprochement avec un arrêt qui ne traite pas la question spécifique qui s'était posée dans l'affaire jugée en 2020²³. Selon le regretté Professeur Perrot, l'arrêt de 2001 « a le mérite de rappeler une règle qui passe facilement inaperçue [...]. La Cour de cassation rappelle, dans un attendu à la fois très bref et très dense, que la règle de l'article 112 qui fait obligation au défendeur de soulever les exceptions de procédure avant toute défense au fond et toute fin de non recevoir est une règle spécifique au premier degré de juridiction. À partir du moment où l'exception a été soulevée en temps utile devant le premier juge, elle peut être reprise en appel jusqu'aux dernières conclusions »²⁴. M. Perrot présente la différence de régime de l'exception de nullité pour vice de forme, en première instance et en instance d'appel, comme une évidence : la règle *in limine litis* ne joue que dans l'instance affectée par l'acte de procédure vicié. Pourtant, l'article 112, pas plus que l'article 388 du code, ne le précise. Les deux dispositions sont rédigées en termes généraux. Selon un autre observateur, M. du Rusquec, en raison de l'effet dévolutif, le litige s'étant trouvé entièrement transporté devant la cour et en application de l'article 954 du code, les appelants avaient pu reprendre leur exception de nullité dans leurs dernières écritures, la solution étant ainsi « parfaitement justifiée »²⁵.

III. Un autre fondement du régime de la péremption d'instance

6. Pourquoi l'effet dévolutif de l'appel abolirait-il la règle *in limine litis* s'agissant de l'exception de nullité, et non s'agissant du moyen de la péremption ? Manifestement, l'explication habituelle de la règle *in limine litis*, à savoir qu'il conviendrait d'évacuer rapidement du débat les questions peu importantes de procédure, afin que la juridiction puisse se concentrer sur le fond, est inapte à justifier cette différence. Il faut donc chercher ailleurs.

Nous pensons qu'un retour aux sources de la péremption – la référence à la volonté des parties – pourrait expliquer la solution de l'arrêt commenté. Cependant, lorsqu'un plaideur fait initialement valoir la péremption par voie d'exception – comme en l'espèce, et comme dans la plupart des cas – il nous semble inexact de raisonner en termes de présomption d'abandon de l'instance ou de retrait conventionnel du rôle. Certes, l'auteur du moyen indique clairement qu'il souhaite abandonner l'instance. Mais la partie adverse manifeste, au contraire, sa volonté de continuer l'instance en accomplissant un acte de procédure auquel s'oppose l'autre partie. Il s'agit donc, plus précisément, d'une référence à la volonté d'un plaideur, à savoir celle de l'auteur de l'incident de péremption.

Le plaideur qui fait valoir, en première instance, le moyen de la péremption de l'instance, exprime explicitement sa volonté de mettre fin à l'instance sans que le juge statue au fond. S'il n'obtient pas cela dans l'instance affectée par la passivité prolongée des parties, et exerce une voie de recours, il paraît pour le moins incohérent qu'il change d'attitude dans le cadre de

²³ Cass. civ. 2^e, 15 oct. 2015, pourvoi n° 14-19.811, Bull. 2015, II, n° 234 (rejet) : la péremption d'instance doit, à peine d'irrecevabilité, être demandée ou opposée avant tout autre moyen, qu'il soit développé devant le tribunal ou le juge de la mise en état.

²⁴ R. Perrot, obs. sur Cass. civ. 2^e, 8 févr. 2001, Proc. 6/2001, comm. 119.

²⁵ E. du Rusquec, avoué honoraire, obs. sur Cass. civ. 2^e, 8 févr. 2001, JCP G 2001.II.10633.

la nouvelle instance. Pourquoi commencer par une défense au fond, une fin de non-recevoir ou une exception de procédure qui ne ferait, éventuellement, que suspendre l'instance²⁶ ?

La solution de l'arrêt commentée semble s'inspirer de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui. Devant les premiers juges, la volonté manifestée du plaideur était de mettre fin à l'instance en faisant valoir sa péremption. On exige de lui qu'il maintienne cette attitude en appel, au lieu d'adopter un comportement contradictoire en entrant tout de suite dans un débat sur le fond, sur le droit d'agir de la partie adverse, ou sur un autre problème de procédure. En différant le moyen de la péremption de la première instance, le plaideur induit la partie adverse en erreur sur ses intentions, la conduit à entrer dans d'autres débats potentiellement inutiles, et lui fait perdre ainsi du temps et de l'énergie.

L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui est rarement qualifiée de façon formelle par la Cour de cassation²⁷. Elle justifie pourtant la solution consacrée. Comme souvent, l'exigence de loyauté processuelle est sous-jaçante. Ici, la volonté de sanctionner l'attitude procédurale incohérente du plaideur apparaît plus forte que celle de sanctionner la passivité des parties dans l'instance précédente, et plus forte que le souci d'une bonne administration de la justice. En l'occurrence, elle l'emporte sur des considérations sur lesquelles la doctrine²⁸ fonde habituellement la péremption de l'instance²⁹. Au demeurant, la règle *in limine litis* présente de façon générale l'aspect comminatoire décrit, et est en lien étroit avec le principe de loyauté, base de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui³⁰ : il n'est pas admis qu'un plaideur réserve un vice de procédure pour l'avancer au moment où il sent que sa défense va échouer au fond.

²⁶ On peut penser à l'exception dilatoire.

²⁷ La doctrine constate que l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui est bien plus souvent invoquée qu'appliquée (G. Bolard, *Le droit de se contredire au détriment d'autrui ?* JCP G 2015.I.146 ; D. Cholet, obs. sur Cass. civ. 2^e, 22 juin 2017, JCP G 2017.II.816 ; R. Libchaber, JCP G 2017.I.1355, n° 5 ; Ph. Gerbay, obs. sur Dijon, 12 oct. 2017, JCP G 2018.II.32). Ceci explique d'ailleurs cela : en raison de ses contours flous, l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui est facilement qualifiée par les plaideurs ; en raison de l'insécurité juridique qui en découle, elle est rarement qualifiée par la Cour de cassation. La Chambre commerciale refuse notamment de qualifier l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui lorsqu'un plaideur invoque, en première instance et en appel, des moyens contradictoires (Cass. com. 10 févr. 2015, arrêt de cassation, JCP G 2015.II.470, note N. Fricero). Aussi la deuxième chambre civile a-t-elle dégagé la définition restrictive suivante : « 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* [c'est nous qui soulignons], à adopter des positions contraires ou incompatibles entre elles dans des conditions qui induisent en erreur son adversaire sur ses intentions » (six arrêts rendus le 15 mars 2018 : pourvois n° 17-21-991, 17-21-992, 17-21-993, 17-21-994, 17-21-997 et 17-21-998).

²⁸ Voir *supra*, les références citées en notes 13 et 16.

²⁹ Cette analyse ne concerne, certes, pas l'hypothèse où la péremption d'instance est relevée d'office par le juge, qui doit être rapportée à la sanction de la passivité des parties et à la volonté de purger le rôle d'une instance endormie.

³⁰ H. Muir Watt, *Pour l'accueil de l'estoppel en droit privé français*, in « L'internationalisation du droit », Mélanges Y. Loussouarn, Dalloz, Paris, 1994, p. 303 ; N. Fricero, note sous Cass. com. 10 févr. 2015, JCP G 2015.II.470.